BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
1
33 - D
9
ROMA

793

Der

römiſche Vindicationsproceß.

Der

römische

Vindicationsproceß

von

Dr. Georg Wilhelm Wetzell.

Leipzig,

Verlag von Bernh. Tauchnitz jun.

1845.

Herrn

Georg Friedrich Puchta,

meinem Lehrer,

als öffentliches Zeichen aufrichtiger Hochachtung

und Dankbarkeit.

Vorrede.

So reichhaltig die Resultate der Forschungen sind, welche man seit Auffindung der Institutionen des Gaius über Wesen, Form und Wirkungen der Litis Contestation angestellt hat, so ist doch die Ernte, welche dieses Feld bietet, noch keineswegs vollständig eingesammelt. Insbesondere scheint die Verschiedenheit persönlicher und dinglicher Klagen nicht hinlänglich berücksichtigt. Wenn bei jenen die Litis Contestation die Natur einer Novation haben soll, so finden wir dies in der That sehr erklärlich; wie aber ist dieser Begriff anwendbar auf dingliche Klagen? Auch knüpfen sich verschiedene Verpflichtungen an jenen Einleitungsact je nach dem gedachten Gegensatze der Klagen. Bei persönlichen Klagen soll der Verklagte, sofern er nicht schon vorher zu höhern Prästationen verpflichtet ist, für diejenigen Früchte einstehen, welche er während des Processes gezogen hat; bei dinglichen dagegen auch für die zu percipirenden. Und während der mit einer Condictio Belangte, abgesehen von seinem Verzuge, für den Untergang des schuldigen Objectes nur wegen positiver Culpa haftet, ist der Besitzer nach der Litis Contestation verpflichtet, für allen Schaden einzustehen, welchen die von ihm besessene Sache durch einen Mangel an Sorgfalt leidet.

Diese und andere Erscheinungen veranlaßten mich, zu untersuchen, inwiefern auf die processualischen Verpflichtungen des Besitzers die

Cautio Judicatum solvi eingewirkt habe, welche zur Zeit der classischen Jurisprudenz und später bei Einleitung der dinglichen Klagen abgeleistet wurde. Durch diese Untersuchungen wurde ich auf die Entstehung jener Caution zurückgeführt, und hier eröffnete sich die Aussicht in eine jener Entwickelungen, welche die Fortbildung des Civilrechts durch den Prätor so eigenthümlich auszeichnen. Ich fand, daß die drei Formen des Vindicationsprocesses, deren Gaius Erwähnung thut, eine ununterbrochene historische Kette bilden, eine aus der andern gleichsam von selbst hervorgehend, die geltende den Bedürfnissen des Lebens und Verkehrs stets angemessen, und doch von ihrer Vorgängerin im Wesentlichen nicht unterschieden, niemals unmittelbar von der Gesetzgebung hervorgerufen.

Indem ich diese Entwickelung zum Gegenstande vorliegender Abhandlung machte, konnte es natürlich meine Absicht nicht sein, alle Fragen zu behandeln, welche in irgend einer Beziehung zu der processualischen Geltendmachung dinglicher Rechte stehen; nur diejenigen fielen in meine Untersuchung, welche mit dem Proceßgange unmittelbar zusammenhängen. Die Lehre von dem Forum und von dem Richterpersonal, von der Begründung und dem Beweise dinglicher Rechte, von den utiles in Rem Actiones, von den Einreden schloß ich völlig aus. Schwerer möchte es zu rechtfertigen sein, daß ich auch die Actio confessoria und negatoria bei Seite gelassen habe. Diese Klagen weichen aber in so mannichfacher Beziehung von der Rei Vindicatio ab, und treten selbst wieder in so verschiedener Form auf, daß durch ihre Aufnahme entweder die Klarheit der Darstellung beeinträchtigt, oder vielfache Wiederholungen nöthig gewesen sein würden. Dagegen ist neben der Rei Vindicatio fortlaufend die Hereditatis Petitio behandelt, nicht bloß weil beide Klagen wesentlich denselben Grundsätzen folgen, sondern auch weil viele Einzelheiten erst in der Vergleichung beider zu voller Anschauung kommen.

Eine Darstellung des Vindicationsprocesses nun, welche diese Richtung verfolgt, ist erst durch die in neuerer Zeit aufgefundenen

Quellen möglich geworden. Diese allein bringen in die früher bekannten Zeugnisse Leben und Zusammenhang, und gewähren namentlich die Mittel, die Kluft auszufüllen, welche bisher zwischen der rein antiquarischen und rein dogmatischen Behandlung der Eigenthumsklage bestand. Als Vorgänger vorliegender Arbeit können daher die ältern Untersuchungen, welche in den Commentaren zu den einschlagenden Titeln der justinianeischen Rechtssammlung, in den Monographien über das Eigenthum, und in einigen nicht sehr bedeutenden Dissertationen „de rei vindicatione“ (von Obrecht, Gundling, Rumpf, Müller und Herweyer) vorliegen, nicht angesehen werden. Die vortreffliche Abhandlung von Ribbentrop aber (Comm. ad l. 9. §. 1. de exc. rei jud. et l. 16. §. 5. de pign.), auf welche man sich in den Lehrbüchern hauptsächlich zu beziehen pflegt, hat einen enger gesteckten Gesichtspunct; sie beschäftigt sich mit dem des Klägers Eigenthum anerkennenden Bescheide, und dessen Vollstreckbarkeit. Ich war daher besonders an die neueren allgemeinen Darstellungen des römischen Processes gewiesen, unter denen ich die von Zimmern, Bethmann-Hollweg und Puchta mit vorzüglichem Danke nenne. Für einzelne Fragen aber bot die ältere wie die neuere Literatur eine reiche Ausbeute, und noch während der Ausarbeitung hatte ich die Freude, dem Aufsatze von Keller: Ueber die „deductio quae moribus fit“, in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. XI. Nro. 9. und den Abhandlungen G. F. Heimbach's über die Früchte zu begegnen. Von der ältern Literatur ist vor Allen Donellus (citirt nach ed. Hanov. 1656) und der unerschöpfliche Cujacius (nach der ed. Venet., welche in der Abtheilung der Bände mit der ed. Neap. übereinstimmt) benutzt worden.

Soviel mag ausreichen, um diesem Buche eine Fürsprache mit ins Leben zu geben. Freilich sollte in einer Zeit, welche die historische Methode zu so allgemeiner Anerkennung gebracht hat, wie die unsrige, die Behandlung des im Titel angekündigten Gegenstandes keiner besondern Rechtfertigung bedürfen. Vielleicht verzeiht man aber einem jüngern Schriftsteller, wenn er zur Darlegung des Verhältnisses, in

welchem er seine Arbeit zu den durch die Forschungen Anderer gestellten Problemen denkt, durch die Betrachtung getrieben zu sein gesteht, daß unsere dem Practischen mehr und mehr sich zuwendende Zeit es eher zu gestatten scheint, in großartig angelegten Werken mit der Vergangenheit abzuschließen, als sich in dieselbe um ihres Inhalts willen zu vertiefen. Es mag dieses Gefühl dem Juristen, dessen Kräfte durch die öffentlichen Zustände unserer Nation in besondern Anspruch genommen sind, näher gelegt sein, als irgend einem Andern. Dennoch glaube ich, daß die Gegenwart Nichts gewinnen würde, wenn man jenen reichen Born harmonischer, in sich selbst ruhender Gestaltungen verschließen wollte. Von wüstem Bildungstriebe ist unsere Zeit überfüllt; Dauerndes aber sind die ihr zu bieten nicht im Stande, welche es verschmähen, die dem Geiste und den Bedürfnissen ihrer Nation entlehnten Anschauungen an den reinen und einfachen Formen des Alterthums zur Klarheit zu bringen.

Marburg im October 1844.

Der Verfasser.

Einleitung.

§. 1.

Die Eigenthümlichkeit der Rechte, welche im Processe geltend gemacht werden, hat zu allen Zeiten einen gewissen Einfluß auf das Verfahren ausüben können. Auch heut zu Tage zeichnen sich Wechselforderungen, Besitzstreitigkeiten, arbiträre Klagen vor andern dadurch aus, daß sie Abweichungen vom ordentlichen Laufe des Processes, Abkürzungen, oder auch besondere Beweismittel zur Folge haben.

Aber alle diese Besonderheiten beruhen mehr auf Gründen der Zweckmäßigkeit und Rücksichten der Billigkeit, als auf einem bildenden Einflusse des Wesens der streitigen Rechte. Einen solchen finden wir dagegen im alten römischen Processe. Hier wachsen die Formen des Verfahrens aus den verfolgten Rechten unmittelbar hervor, schließen sich ihrer Natur auf's engste an, und offenbaren eben darum eine größere Mannigfaltigkeit, als dem Processe der Kaiserzeit, oder gar dem abstracten heutigen Verfahren eigen ist. Natürlich ist dies diejenige Voraussetzung, durch welche allein die Darstellung der processualischen Geltendmachung einer einzelnen Classe von Rechten anziehend und lehrreich werden kann.

Einen geschichtlichen Versuch der Art liefere ich in vorliegender Abhandlung, indem ich in Beziehung auf Eigenthum und Erbrecht zu zeigen suche, wie die materiellen Grundlagen, welche diese Rechte in gleicher Weise der Rechtsverfolgung gewähren, bis in die spätere

Kaiserzeit den Character des Verfahrens bestimmt haben, durch welches dieselben geltend gemacht werden.

Und welche Grundlagen sind dies nun?

Eine jede Klage verlangt die richterliche Anerkennung eines verletzten Rechtes. Am einfachsten geschieht diese bei Streitigkeiten über den Status, indem das Urtheil des Richters ausreicht, das Streitverhältniß aufzulösen, ohne daß daraus unmittelbar ein weiterer Anspruch des siegenden Klägers begründet würde. Dagegen wird aus Obligationen auf Anerkennung einer Verpflichtung, d. h. auf Verurtheilung geklagt; diese wurde nach römischem Rechte auf Zahlung einer Geldsumme gestellt, und machte, wenn der Verurtheilte ihr nicht nachkam, ein wiederholtes Einschreiten der richterlichen Gewalt zum Zwecke der Execution erforderlich. Zwischen beiden stehen die dinglichen Klagen. Bei ihnen läßt sich eine einfache Anerkennung des streitigen Rechts ohne Verurtheilung denken; allein die demselben entsprechenden äußern Verhältnisse können eine weitere Anordnung des Richters herbeiführen, die, insofern sie den Verklagten zu gewissen Leistungen verpflichtet, der Anerkennung des Rechts eine Verurtheilung beifügt. Da zudem über jene Verhältnisse für die Dauer des Processes eine provisorische Verfügung getroffen werden muß, so lassen sich im Vindicationsprocesse drei wesentliche Elemente unterscheiden.

Erstens. Insofern zunächst Anerkennung des dinglichen Rechts verlangt wird, ist der Proceß ein wahres Präjudicium. Dieses wird durch die Erklärung der Streitabsicht und Feststellung des Streitpunctes eingeleitet, erhält aber seine processualische Form dadurch, daß sich die Parteien zur Ableistung eines Versprechens auffordern, welches, durch die Existenz des streitigen Rechts bedingt, scheinbar den Gegenstand der richterlichen Untersuchung ausmacht. Doch handelt es sich dabei keineswegs um bloße Formen. Der römische Proceß knüpft die Pflicht der Vertheidigung, sowie den Eintritt von Ungehorsamsstrafen an eine gewisse Einleitung des Verfahrens; und diese

ist es, welche durch die Ableistung jenes Versprechens erbracht werden soll.

Zweitens. Den dinglichen Rechten und ebenso dem Erbrechte entspricht ein äußerer Zustand, der Besitz. Deshalb ist der Proceß mit dem Präjudicium nur dann zu Ende, wenn der Sieger den Besitz des Streitobjects während des Processes gehabt hat. Genießt dagegen der Besiegte diesen Vortheil, so knüpft sich an das Urtheil die Verpflichtung zur Restitution der Hauptsache mit allen Accessionen. Ein Zwang zu deren Erfüllung läßt sich in zwiefacher Weise denken: ein directer würde in der gewaltsamen Uebertragung des Besitzes liegen; ob ihn das ältere Recht gekannt, ist zweifelhaft; jedenfalls gewährt es einen indirecten, durch das Juramentum in Litem, mit welchem der Sieger im Falle verweigerter Restitution ohne alle Beschränkung sein Interesse anschlagen darf. Man kann diese Seite des Verfahrens, da sie auf der verbindenden Kraft des Judicates beruht, die persönliche nennen.

Drittens. Restituiren kann aber nur der, welcher im Augenblicke des gefällten Urtheils besitzt. Wie also, wenn die Restitution durch Schuld des Besitzers unmöglich geworden ist? oder das Streitobject zwar restituirt wird, aber verschlechtert, oder ohne die Früchte, welche der Gegner zu erwarten berechtigt war? Um diese Nachtheile zu verhüten, verlangt der Prätor von dem, welchem er für die Dauer des Processes den Vortheil des Besitzes überläßt, Leistung einer Bürgschaft wegen jeden Schadens, den er dem Gegner durch seine Schuld verursachen würde; an diese Bedingung knüpft er die Ueberlassung des Besitzes. Da ähnliche Verhältnisse weder bei reinen Präjudicialklagen, noch bei persönlichen Klagen vorkommen, so ist es gestattet, sie als die eigentlich dinglichen Bestandtheile des Vindicationsprocesses zu betrachten.

Diese drei Bestandtheile nun begegnen uns in eigenthümlichen Verbindungen. Gaius erwähnt deren drei, welche verschiedene Stufen der geschichtlichen Entwickelung bezeichnen, das Verfahren per

Sacramentum, per Sponſionem und per Formulam petitoriam [1]). Ich beginne mit dem Verfahren per Sacramentum, und werde in drei Abſchnitten

1. von der Verleihung des Beſitzes (der Vindiciä) und den ſich daran anſchließenden Verhältniſſen,
2. von dem Präjudicium und der Pflicht zur Defenſion,
3. von der Geltendmachung des über das Eigenthum oder Erbrecht gefällten Spruches

handeln. Dieſe Ordnung wähle ich trotz des Berichtes des Gaius, wonach die Verleihung der Vindicien erſt nach der Aufforderung zum Sacramentum geſchah [2]). Denn ſeine Aufgabe iſt eine andere; während er nur die Einleitung des Verfahrens ſchildert, ſoll hier das ganze Verfahren nach den innern Beziehungen, die es hat, bis zu ſeinem Ausgange verfolgt werden. So aber die Aufgabe gefaßt, wird man die Vorausſtellung des Beſitzes als der factiſchen Grundlage des Proceſſes hinreichend gerechtfertigt finden.

Erſtes Capitel.

Vom Verfahren per Sacramentum.

I. Verleihung der Vindicien.

§. 2.

Nach alt-römiſcher Anſicht fällt mit dem Beginne eines Proceſſes über dingliche Rechte, wie deſſen Entſcheidung, ſo auch der Beſitz der Sache, über welche die Parteien ſtreiten, der Verfügung des Magiſtrates anheim. Denn da durch den Beſitz die dinglichen Rechte ausgeübt werden (ein Gleiches gilt vom Erbrechte), ſo iſt er es, der die

[1]) Gai. IV. 91 und 95.

[2]) Gai. IV. 16.

nächste Veranlassung zum Streite bildet, und deshalb während des Processes der eigenmächtigen Einwirkung der Parteien entzogen werden muß. Der Prätor drückt dies in der feierlichen Vorverhandlung durch den Befehl aus: „Mittite ambo hominem.“ Nun standen zu jenem Zwecke mehrere Wege offen. Bewegliche Sachen konnten inzwischen deponirt, unbewegliche sequestrirt werden. Allein die Deposition verlangt, abgesehen von den dazu nöthigen Anlagen, einen kostspieligen Unterhalt, während sie jede Benutzung unmöglich macht; und wenn gleich der Sequestration diese Nachtheile nicht entgegenstehen, so ist doch sicher, daß die Verwaltung auf fremde Rechnung stets einen geringern Ertrag, als die auf eigne abwirft. Das einfachste und befriedigendste Auskunftsmittel schien es daher, wenn der Prätor den Besitz des Streitgegenstandes einer der Parteien überließ. Denn siegte diese, so hatte sie zum Voraus die Ausübung des ihr zustehenden Rechtes gehabt, ohne irgend eine Verletzung der Gegenpartei; unterlag sie, so waren fremde Geschäfte von ihr geführt, und darnach ihre Verpflichtungen zu beurtheilen.

Den vom Prätor verliehenen Besitz nannte man „vindiciae“ [1]), sagte also „vindicias dicere (auch dare, decernere) alicui (oder secundum aliquem)“ [2]), so wie dem entsprechend in Beziehung auf den Gegner „vindicias abdicere ab aliquo“ [3]). Bei Erbschaften insbesondere sind die Formen gebräuchlich „possessionem hereditatis dare,“ auch wohl „hereditatem dare;“ späterhin meist „bonorum possessionem dare“ [4]). Auch scheint für das Verlangen der Vindiciä in der alten Rechtssprache der Ausdruck „vindicare“ gebraucht worden zu sein, welchem auf Seiten des Gegners „vindicari ab ali-

[1]) Festus s. v. vindiciae: „Vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est, quod potius dicitur vis, quam (so emend. Huschke) fit inter eos, qui contendunt.“

[2]) Liv. III. 44, 56, 57.; Gaius IV. 16. Pomponius in l. 2. §. 24. de orig. jur.; Val. Max. VII. 7. 5.; Festus s. v. vindiciae.

[3]) L. 2. §. 24. cit.; Liv. III. 56, 57 („ni vindicias ab libertate in servitutem dederit“).

[4]) Cic. in Verr. II. 1. 44, 45, 47, 52. Pliuius H. N. II. 5. (Gell. N. A. III. 16).

quo“ entſpricht. So heißt es bei Livius [1]), nachdem der Streit über die Freiheit der Virginia auf den folgenden Tag bereits verſchoben iſt, und daher von der ſolennen Einleitung des Proceſſes nicht mehr die Rede ſein kann:

„quum instaret adsertor puellae (M. Claudius), ut vindicaret (sc. Icilius), sponsoresque daret, atque id ipsum agi diceret Icilius“ — — —

Und Icilius, der doch als Adſertor in Libertatem nicht auftreten will, ſondern nur den Beſitz der Freiheit für Virginia verlangt, ſagt von ſich:

„me vindicantem puellam in libertatem“ [2]).

Der Ausdruck „vindicari ab aliquo“ kommt in dem angegebenen Sinne, ſoviel mir bekannt, nur einmal vor [3]); dagegen iſt er in die Verkehrsſprache übergegangen: man ſagt vindicari ab interitu, a labore, a supplicio, a violentia [4]). — Die Zuweiſung des Beſitzes geſchah durch ein „Decret“ des Prätors [5]).

Welcher Partei wurde nun der Beſitz verliehen? In dieſem Puncte war dem Ermeſſen des Prätor Alles überlaſſen; nur in dem Streite über die Freiheit ſollten die Vindicien zu Gunſten derſelben gegeben, d. h. der als Sclav Vindicirte in den Beſitz der Freiheit geſetzt werden. Dies iſt jene Beſtimmung der zwölf Tafeln, deren Verletzung das Decemvirat ſtürzte. Zwar ſucht App. Claudius die

[1]) Liv. III. 46.

[2]) Liv. III. 45. Auf dieſe Stelle beruft ſich ſchon Bas. Faber in Thes. eruditionis s. v. vindiciae, um die im Texte aufgeſtellte Bedeutung von „vindicare“ zu beweiſen. Auch Cic. de orat. I. 10. iſt wohl aus dieſem Sprachgebrauche zu erklären („vindicarentque ornati homines in dicendo“). Da die Bitte um den Beſitz einer Erbſchaft als Antretung derſelben gilt, ſo bezeichnet „vindicare hereditatem“ ſehr häufig den Erbſchaftsantritt. Vergl. Paulli R. S. V. 26. §. 4.; l. 5. §. 5. de jure dotium; l. 76. §. 1.; l. ult. de acqu. hered.; l. 2. de manumiss., quae servis ad univ.; l. 2. §. 2. qui petant tut.; l. 47. §. ult. de fideicomm. libert.

[3]) L. un. §. 1. si quis jus dicenti non obtemp.

[4]) Cic. ad Quintum fr. I. 4.; pro Sylla c. 9.; Liv. III. 50.; Plin. Paneg. c. 50. u. and. Stellen mehr.

[5]) Liv. III. 45.; Val. Max. VII. 7. 3.

Sache so darzustellen, als ob der Magistrat bei den in väterlicher Gewalt stehenden Personen ungebunden sei, also auch dem angeblichen Herrn die Vindicien geben könne [1]); allein mit allen Nachrichten, die wir sonst über jenen Proceß haben, ist diese Behauptung im Widerspruche [2]).

Aber auch in den übrigen Fällen handelte der Prätor nicht willkührlich, sondern hielt sich an Rücksichten, welche durch die Erleichterung der Rechtsverfolgung geboten waren. Nun ist es klar, daß, wenn er den Besitz demjenigen verlieh, welcher die größere Wahrscheinlichkeit des Rechtes für sich hatte, zweierlei erreicht wurde, Erleichterung des Beweises und Erleichterung der Execution. Hat nämlich der, dessen Recht anerkannt wird, den Besitz des Streitobjects erhalten, so bedarf es keiner Execution. Und da der Beweis des streitigen Rechts denjenigen trifft, welcher eine Aenderung des bei Einleitung des Processes festgestellten Zustandes herbeiführen will, so ist der Besitzer zugleich vom Beweise frei [3]); was als eine Begünstigung des materiellen Rechts insofern zu betrachten ist, als sehr häufig wegen Mangels eines juristischen Beweises das beste Recht verloren geht. Daß gerade aus diesem Gesichtspuncte die Verleihung des Besitzes an den, welcher den Schein des Rechtes für sich hat, betrachtet worden sei, sind wir durch eine Ausnahme zu beweisen im Stande. Im Freiheitsprocesse entschied, wie wir sahen, für Verleihung der Vindicien nicht größere oder geringere Wahrscheinlichkeit, sondern eine stets zu Gunsten der Freiheit sprechende Rechtsregel. Eben deshalb wurde hier die Beweislast ohne Rücksicht auf die Vindicien regulirt. Es entschied der Besitz, wie er beim Beginne des Processes war,

---

[1]) Liv. III. 45 („in ea, quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat").

[2]) Pomp. in l. 2. §. 4. de O. J.; Liv. III. 44, 47.; Dionys. XI. 30.

[3]) L. 62. de judiciis: „Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor est: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur."

jedoch so, daß, wer unrechtlicher Weise die Freiheit besaß, doch den Beweis derselben, und wer unrechtlicher Weise den Andern als Sclaven hielt, den Beweis seines Eigenthums führen sollte [1]).

Nach welchen Merkmalen aber bestimmte man die größere Wahrscheinlichkeit zu Gunsten einer Partei? Ursprünglich mögen darüber allgemeine Grundsätze nicht gegolten haben; ohne Zweifel entschied sich der Prätor nach der Individualität jedes einzelnen Falles. Nach und nach aber bildeten sich feststehende Regeln, welche sich an die Natur des streitigen Rechts anschlossen, und obschon äußerlich nicht verpflichtend, doch des Scheins der Parteilichkeit wegen vom Prätor nicht umgangen zu werden pflegten.

Nun ist der Besitz der Zustand voller Ausübung des Eigenthums. Offenbar hat also den Schein des Eigenthums der Besitzer des Streitobjects vor seinem Gegner voraus, sofern er nicht gerade von diesem auf unrechtlichem Wege besitzt. So kam es, daß der Prätor im Eigenthumsprocesse derjenigen Partei die Vindicien verlieh, welche gegenwärtigen Besitz für sich anführte, ohne denselben mit Gewalt, heimlich oder bittweise dem Gegner entzogen zu haben, in diesem Falle aber letzterm den Besitz zu restituiren befahl. In späterer Zeit gab es zur Untersuchung dieser Voraussetzungen eigne Klagen, Interdicte genannt; sehr unrecht aber würde es sein, deshalb die in das Edict aufgenommenen Bestimmungen als erst für diese Klagen entstanden zu betrachten. Durch ihre allgemeine Fassung sind sie sehr wohl geeignet, auch der prätorischen Untersuchung zur Grundlage zu dienen. Denn der Prätor sagt „vim fieri veto“ oder „restituas,“ nicht aber judicium dabo“ [2]). Uebrigens können die Interdicte auch in Beziehung zu dem hier behandelten Verfahren gedacht werden; entweder so, daß vor Beginn des Eigenthumsprocesses die Besitzfrage durch einen Privatrichter erledigt ist, und dann bestätigte

[1]) L. 7. §. 5.; l. 10—12. de lib. causa.
[2]) Das Interdictum unde Vi macht hiervon in seiner neuesten Gestalt eine Ausnahme. L. 1. pr. de vi et de vi arm.

der Prätor einfach den gefällten Spruch [1]); oder so, daß das Hauptverfahren durch die Bestellung eines Juder, der nach des Prätor Anweisung den Besitz untersuchen und die Vindicien zuerkennen sollte, unterbrochen, nach vollendeter Untersuchung aber in gewöhnlicher Weise fortgesetzt wurde [2]).

Anders mußte im Erbschaftsprocesse der Besitz regulirt werden. Denkt man sich zwei Personen, welche über eine Erbschaft streiten, so wird daraus, daß die eine von ihnen Erbschaftssachen besitzt, noch keineswegs eine Wahrscheinlichkeit ihrer Berechtigung gezogen werden können. Denn mit dem Tode des Erblassers sind die Gegenstände seines Vermögens herrnlos geworden; und die, welche Erben geworden, haben nun erst einen Anspruch auf den Besitz gewonnen. Diesen wollen sie eben durch ihre Klage realisiren, wenn ihnen ein Anderer, mit gleichen Ansprüchen auftretend, zuvorgekommen ist. — Dagegen sind die äußern Beziehungen, in denen sie zum Verstorbenen stehen, mögen sie auf Verwandtschaft oder Testament beruhen, also dieselben Thatsachen, aus welchen sie ihr Erbrecht im nachfolgenden Processe nachzuweisen gedenken, der Regel nach so einfach und leicht wahrnehmbar, daß die Parteien vorläufig die Meinung des Prätor über ihre Ansprüche ohne ein weitläufiges Beweisverfahren werden bestimmen können. Und die Wahrscheinlichkeit, die sie in solcher Weise für sich darthun, ist es, an welche der Prätor die Verleihung des Besitzes knüpft. Führt also nur eine von beiden Verhältnisse an, welche ein Erbrecht begründen können, so wird ihr sofort der Vorzug gegeben. Haben beide solche Gründe, ohne doch zu concurriren, so läßt der Prätor dieselbe Rangordnung eintreten, welche das Civilrecht aufstellt. Vor Allen gibt er also, mag eine Testamentsurkunde vorliegen oder nicht, den sui Heredes die Vindicien (B. P. c. T.);

---

[1]) Vergl. Savigny: Recht des Besitzes S. 509. Note 3.; Puchta: Inst. Bd. II. S. 508. Note e.

[2]) Ein näheres Eingehen auf die Interdicte ist hier nicht erforderlich; ich erlaube mir statt dessen auf Puchta a. a. O. §. 225. zu verweisen.

dann ruft er die in einem mit sieben Siegeln versehenen, d. i. dem äußern Anschein nach gültigen Testament eingesetzten Erben, ohne Rücksicht auf die schwerer nachweisbaren civilrechtlichen Formen und Voraussetzungen eines gültigen Testamentes (B. P. s. T.); und erst in Ermangelung solcher Prätendenten wurde der Besitz den nächsten Intestaterben (Agnaten) verliehen (B. P. unde Legitimi).

Dies ist wahrscheinlich die Entstehung eines Instituts [1]), welches im Laufe der Zeit allerdings eine ausgedehntere Bedeutung erhalten hat. Der Prätor gab nämlich auch hier ein Judicium, durch welches, wenn beide Parteien den Erbschaftsbesitz ansprachen, entschieden wurde, welche von ihnen nach den im Edicte aufgestellten Grundsätzen den Vorzug verdiene. Hatte durch dieses Interdictum quorum Bonorum der im Edicte Gerufene den Besitz von demjenigen, welcher nach ihm oder gar nicht gerufen war, erlangt, so bestätigte der Prätor seinen Besitz, und gewährte ihm damit Freiheit vom Beweise.

In dieser Form konnte aber die Regulirung des Besitzes schon vor dem Beginne des Erbschaftsprocesses geschehen. Und da es nun häufig vorkam, daß die Erbschaften lange Zeit liegen blieben, und die Gläubiger nicht wußten, an wen sie sich halten sollten, so nahm der Prätor die neue Bestimmung in's Edict auf, daß die B. P. innerhalb einer bestimmten Zeit zu erbitten sei, widrigenfalls er sie an die folgende Classe deferiren werde [2]). Hiermit war der erste Schritt geschehen, um die B. P. zur Ergänzung der beschränkten Delationsgründe des Civilrechts zu benutzen. Denn nunmehr konnte der Erbschaftsbesitz auch solchen Personen gegeben werden, welche das Civilrecht nicht gerufen hatte, den Cognaten und dem überlebenden Ehegatten.

---

[1]) Beweisend für diese Entstehung der B. P. sind Cic. in Verr. II. 1. 45, und besonders Plinius H. N. II. 5.: Masurius auctor est, L. Papirium Praetorem, secundo herede lege agente, bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse. quoniam nullum tempus parendi statum videretur. Dieselbe Stelle findet sich mit Beziehung auf Plinius bei Gellius N. A. III. 16.

[2]) L. 1. pr. de sucess. edicto; §. 8. I. de B. P.

Eine Beſchränkung der Civilerben war dies aber keineswegs, da vor vollendeter Uſucapion die H. P. noch immer angeſtellt werden konnte; ihnen gegenüber führte alſo die B. P. auch in dieſer Erweiterung den alten Character unverändert fort. Erſt in ferner liegenden Zeiten hat man es zuläſſig gefunden, einzelne Claſſen der Erbſchaftsbeſitzer gegen die beſſern Civilerben zu ſchützen, bald durch Fictionen, wie die Emancipati, bald durch Exceptionen, wie diejenigen, welche in einem nach Civilrecht ungültigen Teſtamente zu Erben eingeſetzt waren [1]). Wir dürfen davon hier ganz abſehen.

Fragen wir zuletzt, in welcher Weiſe die Verleihung der Vindicien realiſirt worden ſei, ſo iſt für den älteſten Proceß die Antwort ſehr einfach. Wie wir ſehen werden, iſt das Streitobject vor Gericht, oder das Gericht bei dem Streitobjecte gegenwärtig; es kann alſo das Decret des Prätors ſofort mit Hülfe der ihn umgebenden Lictoren exſequirt werden. Einen Beleg dafür haben wir wieder in dem Proceſſe der Virginia [2]). Als am zweiten Tage des Gerichts Appius ſeinem Liberten die Vindicien zuerkennt, Virginius aber die Tochter zu laſſen ſich weigert, und das Volk um das Opfer ſich ſchaart, ruft der Prätor, um ſeines Amtes Majeſtät zu wahren, dem Lictor zu: **I lictor, submove turbam, et da viam domino ad prendendum mancipium!** — Wie aber war es, ſeitdem gewiſſe Sachen nicht mehr vor Gericht gebracht, ſondern durch Theile (auch Vindiciä genannt) vertreten zu werden pflegten, wie dies namentlich bei Immobilien geſchah? Wie nöthigte man hier den widerſpenſtigen Beſitzer zur Reſtitution? Wahrſcheinlich iſt es, daß auch jetzt noch der Prätor dem zum Beſitze Berufenen durch die Lictoren zu Hülfe kam, doch beweiſen läßt ſich dies nicht [3]). Jedenfalls aber waren zu jener Zeit

[1]) Ich habe im Texte die Reſultate mitgetheilt, welche Fabricius: Urſprung und Entwickelung der B. P. bis zum Aufhören des Ordo Judiciorum, Berlin 1837, liefert.

[2]) Liv. III. 48.

[3]) Folgende Stelle Ulpian's gewährt die ſchlagendſte Analogie: „Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur: potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit: aut si quis volet

die Interdicta recuperandæ Possessionis bereits üblich, die ja gerade auf unbewegliche Sachen Anwendung finden, und dazu dienen, die Restitution des Besitzes von demjenigen zu erlangen, welcher Vi, clam oder precario besitzt. Einen Zwang zur Restitution enthielten diese Interdicte insofern, als sie neben bedeutenden processualischen Nachtheilen eine Verurtheilung des Besitzers in des Imploranten gesammtes Interesse herbeiführten. Kam nun der Implorant, und stellte vor, der Besitzer habe den prätorischen Befehl mißachtet, so gab der Prätor einen Arbiter, der, wenn sich die Unterlassung der Restitution bestätigte, die Verurtheilung in das Interesse aussprach [1]). Und dasselbe trat ein, wenn der Besitzer die Sache inzwischen veräußert, oder sonst von sich hatte abkommen lassen [2]).

Aber auch bewegliche Sachen, wenn sie nicht ohne Beschwerde vor Gericht zu bringen waren, konnten durch Vindicia vertreten werden, Heerden durch ein einzelnes Stück, eine Säule durch einen abgebrochenen Theil, Erbschaften durch eine einzelne Erbschaftssache [3]). Mithin entstand auch für solche Sachen das Bedürfniß von Zwangsmitteln, welche über die Grenzen der Gerichtsstätte hinaus wirksam waren. Nun hatte man für Erbschaften das Interdictum quorum Bonorum, ein exhibitorisches Interdict, welches wenigstens vom Augenblicke des prätorischen Befehles an dieselben Wirkungen äußerte, wie das Interdictum unde Vi. Für bewegliche Einzelsachen dagegen, welche nicht vor den Prätor zu bringen waren, bestand kein

uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit direre, extra ordinem ipsos jure suae potestatis, exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem.“ L. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.

[1]) Nach Gaius IV. 165 wurde der Besitzer zu der Sponsion aufgefordert: „si contra edictum Praetoris non restituerit.“ Setzen wir voraus, daß der Prätor bereits die Restitution befohlen hatte, so wurde wohl eines Decretes statt des Edictes in der Formel Erwähnung gethan.

[2]) Paullus in l. 15 de vi et vi arm.: „Si vi me dejeceris, vel vi aut clam feceris: quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi dejecisti, aut vi aut clam fecisti.“

[3]) Gaius IV. 17.

ſolches Interdict. Denn der weſentliche Inhalt des Interdictum utrubi war die Entſcheidung der Frage, welcher Partei der Beſitz zuzuerkennen ſei, und obwohl ſich damit zufolge der proviſoriſchen Beſitzregulirung [1]) ein Arbitrium de Re reſtituenda (das Judicium Cascellianum) verbinden ließ, ſo konnte dieſes doch nicht der alleinige Inhalt eines Interdictes ſein, welches den gegenwärtigen Beſitz zu ſchützen beſtimmt war [2]). Dagegen gab der Prätor in anderer Form allerdings ein ſolches Arbitrium. Wer nämlich auf ſeinen Befehl nicht reſtituirte, widerſtrebte ſeiner Auctorität, und konnte deshalb in Strafe genommen werden. Dieſe Strafe ſollte aber weder willkührlich, noch für alle Fälle gleich ſein, vielmehr dem Werthe des Streitobjects entſprechen. Der Prätor gab daher eine Pönalklage, durch welche der Verklagte in die Litis Aeſtimatio verurtheilt wurde.

Zu dieſer Beſtimmung des Edicts nun, die wir mit ihren Anfangsworten wahrſcheinlich in der Titelrubrik „Si quis jus dicenti non obtemperaverit“ beſitzen, gehört folgender Commentar Ulpian's:

Ulp. libro I. ad Ed. in l. un. pr. §. 1. 3 und 4. h. t.

Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris secundum jus potestatis suae concessum est, jurisdictionem suam defendere. §. 1. Is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est non fecit, veluti si rem mobilem a se vindicari passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. §. 3. Non solum autem reum, qui non obtemperavit hoc edicto teneri Labeo ait: verum etiam petitorem. §. 4. Hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti

---

[1]) Dieſe proviſoriſche Beſitzregulirung geſchah durch die Fructus Licitatio; wer für die zu ziehenden Früchte das höchſte Gebot that, wurde für die Dauer des Proceſſes Beſitzer. Offenbar auf dieſer vorläufigen Verleihung beruht die Möglichkeit eines Arb. de Reſtituendo bei einem Interd. retin. Poſſeſſionis. Gai. IV. 166.

[2]) L. 1. §. 4. uti possidetis: „Hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio.“

ea res est concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.

Ich will mich bei Erklärung dieſer Stelle auf das Nothwendigſte beſchränken, weil ſchon dieſes Schwierigkeiten die Fülle bietet. So darf ohne Bedenken angenommen werden, daß die Klage, von welcher hier geredet wird, keine Popularklage iſt, ſondern dem jedesmaligen Proceßgegner zuſteht, daß die Strafe von dieſem, nicht vom Fiscus erworben wird [1]). Auch iſt es unzuläſſig, unter dem „quanti ea res est“ eine arbiträre Geldſtrafe zu verſtehen; die Klage würde dann wie die Injurienklage zu den „actiones ex bono et aequo conceptae“ gehören, und deshalb auf des Klägers Erben nicht übergehen [2]), was doch ſicher im Schlußparagraphen bemerkt worden wäre. Der Gegenſtand der Klage iſt vielmehr die Aeſtimation des Streitgegenſtandes [3]).

Wahre Schwierigkeiten bietet in der That erſt die Beſtimmung der Vorausſetzungen, an welche Ulpian das Judicium knüpft. Dabei gehen die ältern Juriſten größtentheils von der Annahme aus, das „quod extremum est in jurisdictione“ bezeichne den Ausgangspunct des ganzen Verfahrens, der Zeit oder dem Ziele nach [4]), alſo die Endſentenz, und laſſen demnach bei dinglichen Klagen die Feſtſtellung des Intereſſe's durch Juramentum in Litem mit jener Pönalklage concurriren [5]). Nun ſcheint es aber, als ob dem Ungehorſam gegen dieſe letzte richterliche Verfügung noch ein ſpäterer Ungehorſam nachfolgen könne (ceterum si et sequentia recusavit).

---

[1]) Anders Cujacius in Obss. XXIV. 25. Ueber die ſpätere Literatur zu dieſer Frage Glück. Bd. III. S. 333.

[2]) Vergl. Savigny: Syſtem Bd. II. S. 90 fg.

[3]) So auch Savigny a. a. O. Bd. V. S. 456. Harmenopolus gibt den Gegenſtand der Klage ſo an: οὐχ εἰς τὸ διαφέρον, ἀλλ' εἰς τὸ ἀληθὲς πόσον ἀρμόζει.

[4]) Erſteres behauptet Bulgarus in gl. ad. h. l., letzteres Cujacius l. c., Pancirolus in Thes. var. lect. II. 16., und mit Berufung auf Cic. de finibus II. 2 u. 3, III. 7. Noodt in Comm. ad h. l.

[5]) Am beſtimmteſten wird dies von der Gloſſe ad h. l. ausgeſprochen; ſ. auch Voët ad h. l.

Wie hat man dieſe Schwierigkeit zu löſen geſucht? — Einer der Wege, die man eingeſchlagen, war durch die Lesart einiger Handſchriften vorgezeichnet, welche mit Umſetzung des „non“ ſo leſen: „is non videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est fecit“ [1]). Allein hiergegen iſt von Noodt mit Recht bemerkt worden, Ulpian habe nur Veranlaſſung gehabt, die Fälle des Ungehorſams zu beſtimmen, nicht auch die Weiſe des ordnungsmäßigen Benehmens. Er ſchließt ſich daher einer Meinung an, welche ſchon von Bulgarus aufgeſtellt und von den meiſten Juriſten der franzöſiſchen und holländiſchen Schule befolgt worden iſt. Hiernach ſoll nach „sed duci eam vel ferri passus est“ hinzuzudenken ſein „tunc obtemperasse videtur,“ mithin die Stelle folgenden Sinn haben: Iſt der Verklagte im Verlaufe des Proceſſes ungehorſam geweſen, läßt aber doch das Streitobject vom Gerichte hinwegnehmen, ſo verfällt er der angedrohten Strafe nicht, wohl aber, wenn er auch das Letztere verhindert (si et sequentia recusavit) [2]).

Obſchon nun bei den römiſchen Juriſten ähnliche Ellipſen vorkommen mögen [3]), ſo bleibt doch dieſe Erklärung höchſt gezwungen. Wie kann man in jenem Zuſammenhange das richterliche Urtheil einen nachfolgenden Act nennen, da doch der Ausgang des Proceſſes (quod extremum in jurisdictione est) der Hauptgeſichtspunct iſt, in Beziehung auf welchen vielmehr die mangelhafte Vertheidigung als das Vorausgehende hätte bezeichnet werden müſſen? Ueberhaupt ſcheint mir die Vorausſetzung, von der man ſtillſchweigend ausgeht, daß die Fällung des Judicates ein Theil der Jurisdiction ſei, allen Grun-

[1]) Vergl. J. Robertus: Receptae lectiones II. 8.; Ranchinus: Variar. lect. lib. III. c. 15. in Schminckii Synt. crit. var. auctorum, p. 102 sequ.

[2]) Z. B. Duarenus: Dispnt. annivers. I. c. 50.; Cujacius Obss. XXIV. 25 u. 31.; Comm. ad h. t. (in Comm. ad XXXVI. libros Dig. tom. VII.); Paciroius l. c.; Voët: Comm. ad h. t.; Noodt Comm. ad h. l.; Perrenonius in Animadvers. c. 20. (in Ottonis Thes. Tom. I. p. 615.).

[3]) Vergl. l. 12. pr. de capt. et postl. und dazu Cujac. Obss. XIX. 7. und XXIV. 31.

des zu entbehren. Denn die Jurisdiction ſteht dem Judicium entgegen, und bezeichnet diejenigen richterlichen Functionen, welche von dem Magiſtrate ausgeübt werden. In dieſen liegt zwar auch die Ernennung eines Juder und die Ertheilung einer Anweiſung an denſelben; aber dennoch übt der Juder keineswegs die Befugniſſe deſſen aus, welcher ihn beſtellt hat, ſondern eine davon generiſch verſchiedene Richtergewalt, welche nach alter Rechtsanſicht niemals in einer Perſon vereinigt ſein kann [1]).

In der That handelt alſo Ulpian von dem Verfahren in Jure [2]). Aber auch unter dieſer Vorausſetzung wird ſich unſere Stelle ohne Ellipſe und ohne Aenderung des Textes nur dann erklären laſſen, wenn es gelingt, dem Gegenſatze, den ſie zwiſchen Widerſtand (passus non est) und Nachgiebigkeit (passus est) macht, eine befriedigende Unterlage zu geben. Was heißt nun „veluti rem mobilem vindicari a se passus non est“? Dieſer Ausdruck könnte an ſich, das iſt zuzugeben, die Contumacia des Verklagten im Allgemeinen bezeichnen; im vorliegenden Falle aber kann er es nicht.. Denn begründete jede Contumacia des Verklagten eine Privatſtrafe, wie käme Ulpian dazu, von dinglichen Klagen, ja von der Vindication einer beweglichen Sache allein zu reden? Auch muß er an einen beſtimmten Fall des Ungehorſams ſchon deshalb denken, weil er von einem nachfolgenden Ungehorſam redet. Nun haben wir oben geſehen, in der alten Rechtsſprache bedeutet „vindicare“ den Beſitz des

---

[1]) Cic. pro Cluentio c. 43.: „Neminem volnerunt majores nostri ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.“

[2]) Schon Joannes Bassianus in gl. ad h. l. ſtellt dieſe Anſicht auf, ohne jedoch die Anwendbarkeit des Edicts auf das Verfahren in Jure zu beſchränken; das „extremum“ iſt ihm das Aeußerſte, alſo Anfang und Ende. Beſtimmter tritt der richtigen Anſicht A. Faber: Rational. ad h. l. und Bachovius in Prot. ad h. l. bei. Auch Ribbentrop in Comm. ad l. 16. §. 5. de pign. art. et l. 9. §. 1. de exc. rei jud. p. 19. verwirft die Beziehung der l. un. cit. auf das Judicat.

Streitobjects, die Vindicien verlangen [1]); mithin heißt „vindicari a se non pati“ die dem Gegner zugesprochenen Vindicien verweigern oder vereiteln. Dies setzt einen Befehl des Prätor voraus, und kann in verschiedener Weise geschehen. Zunächst durch Verweigerung der Restitution, sodann durch Veräußerung des Streitobjects, endlich aber dadurch, daß der Besitzer dasselbe von sich abkommen läßt, gleich wie dies bei dem Interdictum unde Vi Verurtheilung des Verklagten nach sich führt. Jedoch schritt, wie ich anzunehmen geneigt bin, in jenem ersten Falle auf Verlangen der Prätor auch mit Gewalt ein; im zweiten hatte der Implorant eine actio propter alienationem judicii mutandi causa factam [2]), mithin fehlte es nur im dritten an jedem andern geeigneten Rechtsmittel. Und so war es denn ohne Zweifel angemessen, gerade diesen Fall beispielsweise hervorzuheben. Bei welchen beweglichen Sachen aber ist es möglich, die Erlangung der Vindicien in jener Weise zu vereiteln? Nicht bei den vor den Prätor gebrachten, wohl aber bei den schwer transportabeln Gegenständen, welche durch Theile vertreten zu werden pflegten. Das „duci“ spricht von Thieren und Heerden, das „ferri“ von andern Sachen [3]). Und denken wir nun, daß der Besitzer bei der In Jus Vocatio die Mitführung des Streitobjects unter dem Vorwande des schwierigen Transportes abgelehnt, dann aber doch von Dritten die Wegführung hatte geschehen lassen, so bekommt die Darstellung Ulpian's jene lebendige

[1]) Manche Juristen verstehen das „vindicare“ von der Besitzergreifung nach dem Urtheile. So Schulting: Enarratt. ad Dig. h. l. §. 1.; Otto, Praef. ad tom. V. Thes. jur. rom. p. 36.

[2]) Diese Klage hat mit der vorliegenden die größte Aehnlichkeit, nur daß sie in id, quod interest geht, was jedoch nach den beigefügten Beispielen nicht auf die Größe der Schätzungssumme, sondern auf die Begründung des Anspruchs geht; der Kläger soll sein Eigenthum an dem veräußerten Gegenstande beweisen, und wenn dieser untergegangen, seine Klage verlieren (l. 4. §. 5. de alienat. jud. mut. c. facta). In diesem Puncte ist also auch unsere Klage vortheilhafter. Zulässig ist aber die andere ohne Zweifel auch, da es sich noch immer um ein „futurum judicium non id, quod jam est“ handelt.

[3]) Gaius IV. 16. („mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent“) und 17 („si qua res talis erat, ut non sine incommodo posset in jus adferri vel adduci“); l. 235. pr. de V. S.

Färbung, die mehr als alles Andere für die Auffaſſung ſpricht, die wir ihr zu geben verſucht haben.

Iſt nun hierdurch in der Hauptſache der Sinn der Stelle getroffen, ſo wird ſich das Uebrige leicht erklären laſſen. Es iſt nämlich im folgenden Paragraphen zu zeigen, daß derjenige, welcher zum Beſitzer beſtellt iſt, Bürgſchaft leiſten müſſe, widrigenfalls der Beſitz von ihm auf ſeinen Gegner transferirt werde. Die Translation des Beſitzes aber kann einen ähnlichen Widerſtand erzeugen, wie die Abſprechung der Vindicien. Hat alſo der Prätor den bisherigen Beſitzer beſtätigt, und dieſer weigert ſich ſowohl Bürgſchaft zu leiſten, als den Beſitz herauszugeben (ceterum et si sequentia recusavit), ſo findet die Klage unſeres Edicts gleichfalls Anwendung. Und daſſelbe iſt auf Seiten des Klägers denkbar, wenn er die Vindicien erhalten hat, und die Bürgſchaft verweigert (l. un. §. 3. cit.).

So gewährt uns alſo in der That Ulpian einen höchſt befriedigenden Aufſchluß über Verhältniſſe, die zwar zu ſeiner Zeit noch Leben hatten, mit dem Verſchwinden des Sponſionsverfahrens aber allerdings ihre Berechtigung theilweiſe einbüßten. Denn im ſpätern Rechte hat ſich nur die Translatio Poſſeſſionis erhalten, und ohne Zweifel iſt ſie es, an welche die Compilatoren bei Aufnahme der Stelle dachten. In dieſem Sinne würde das „vindicari a se non pati“ die Verweigerung der Reſtitution (Translation) wegen mangelnder Defenſion bei Uebernahme des Proceſſes[1]), das „sequentia“ die Vertheidigung überhaupt bezeichnen, der Ungehorſam des Klägers aber auf die verweigerte Zurückgabe der an ihn transferirten Sache, wenn der Verklagte binnen Jahresfriſt ſich zur Uebernahme der Vertheidigung erbietet, zu beziehen ſein[2]).

---

[1]) Dies iſt die Auffaſſung der Basil. lib. VII. tit. 7.

[2]) L. 8. C. quomodo et quando; l. 2. i. f. C. ubi in rem actio; l. 8. §. 5. und 8. C. de delator. (reſt.); l. 8. §. 3. C. de praescript. XXX ann. Vergl. Bethmann-Hollweg, Handbuch Bd. I. S. 293.

Die Prädes Litis Vindiciarum.

§. 3.

Bei Verleihung der Vindicien ging der Prätor von der Vermuthung aus, daß der, welcher die Wahrscheinlichkeit des Rechtes für sich habe, den Sieg davon tragen werde. Allein gewiß war dies doch nicht, und darum das Vertrauen, welches er dem Einen schenkte, nicht soweit auszudehnen, daß die Interessen des Andern darüber vernachlässigt wurden. Was nützte es diesem aber, daß er sich nach erlangtem Siege an das Streitobject halten durfte, wenn dasselbe durch des Besitzers Schuld vernichtet, oder verschlechtert, wenn die Früchte, die doch dem Sieger gebührten, nicht gezogen, oder die gezogenen verschleudert waren. Wie wir sehen werden, hatte dieserhalb der Besiegte allerdings die Pflicht voller Entschädigung; aber zweifelhaft war es doch, ob er ihr nachzukommen im Stande sein werde.

Durch diese Gefahr sah sich der Prätor veranlaßt, zur Verstärkung jener Verpflichtungen von dem, welchem er die Vindicien gab, Bürgen zu verlangen. Man nannte dieselben Prädes Litis Vindiciarum. Wie Gaius [1]) angibt, bezeichnet Lis den Streitgegenstand, Vindiciä die Früchte, d. i. den factischen Vortheil, welchen der Besitz der Sache gewährte. Die Bürgen sagten also für den Streitgegenstand und dessen Früchte gut. Doch unter welchen Voraussetzungen thaten sie dies? Hafteten sie auch für zufällige Nachtheile? Gewiß ist dies an sich nicht wahrscheinlich, kann aber auch durch eine Stelle des Asconius geradezu widerlegt werden [2]).

Praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea, qui tenet diffidens causae suae possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores, et culta deserat [3]).

---

[1]) Gai. IV. 16 und 94.

[2]) Asconius ad Cic. in Verr. II. 1. 45.

[3]) Aehnlich heißt es kurz vorher: „satisdet pro praede litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de

Asconius setzt die Gefahr, die dem Petitor droht, in ein Verhalten des Besitzers, welches vom Mißtrauen in seine Sache eingegeben ist, und bezeichnet als die Aeußerungen desselben nicht allein positive Einwirkungen auf das Streitobject, sondern auch Vernachlässigungen, die unter den Begriff mangelnder Sorgfalt fallen (culpa in non faciendo). Nur drückt er sich offenbar zu beschränkt aus, wenn er blos der Verschlechterungen Erwähnung thut. Den Fall der Vernichtung scheint er vergessen zu haben, weil ihm nach Ausweis seiner Beispiele ein Streit über unbewegliche Sachen vorschwebte; und an die Früchte denkt er zwar, hebt sie aber doch nicht bestimmt genug hervor (et culta deserat). Daß es sich dabei nur um die vernachlässigten und verzehrten handele, und daß diese zu ihrem doppelten Werthe anzuschlagen seien, soll in Bezug auf die Verpflichtungen des Besitzers unten noch bewiesen werden.

Uebrigens sind uns die Formulare dieser Bürgschaften nicht erhalten. Doch mag bei Erbschaften der Ausdruck „deminuere" technisch gewesen sein [1]), wenn schon sich die ängstliche Geschäftssprache der Römer schwerlich damit begnügt haben wird. Möglich, daß die Häufungen, welche sich in folgender Stelle Ulpian's finden, einem solchen Formular entlehnt sind [2]):

Finge pupillum satisdare non posse et admissos in possessionem, qui de hereditate controversiam faciunt, multa posse subtrahere, novare, moliri.

Hatte nun der Prätor einer der Parteien den Besitz zuerkannt, so fragte es sich, ob sie die Bürgschaft zu stellen bereit war. Weigerte sie sich dessen (si rem nolit defendere), so wurde der Besitz der andern Partei gegeben, was technisch „transferre possessionem" heißt [3]). Dieser Ausdruck kommt noch in den Pandecten häufig vor,

qua jurgium esset." — Gaius IV. 89. ist zu allgemein, als daß er bedeutenden Aufschluß gebe.

[1]) Cf. Paulli R. S. V. 9. §. 1. und Brissonius de V. S. s. h. v.

[2]) L. 3. §. 5. de ed. Carbon.

[3]) Dies hat an einer Reihe von Beispielen Rudorff in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. IX. Nr. 2. nachgewiesen.

jedoch meiſt in veränderter oder nur verwandter Anwendung. Ich werde darauf ſpäter zurückkommen, auf eine Stelle aber gleich hier aufmerkſam machen. Unter den Veräußerungen, welche den Zweck haben, dem Vindicanten einen neuen Gegner zu verſchaffen, führt Pedius in einer Stelle Ulpian's neben der Uebertragung des Eigenthums auch die des Beſitzes an, und verweiſt dabei auf den, welcher mit einer dinglichen Klage belangt, ſeinem Gegner den Beſitz des Streitobjects überlaſſen hat [1]).

Pedius libro nono non solum ad dominii translationem hoc edictum pertinere ait, verum ad possessionis quoque: alioquin cum quo in rem agebatur, inquit, si possessione cessit, non tenebitur.

Den Gegenſatz, welchen Pedius zwiſchen Uebertragung von Eigenthum und Uebertragung von Beſitz macht, bezieht die Gloſſe nicht auf die Abſicht des Veräußernden, ſondern auf das Reſultat der Veräußerung, und gibt auf dieſer Grundlage folgende Erklärung. Die Uebertragung des Eigenthums begründe die fragliche Actio in Factum gegenüber einem Pfandgläubiger, die des Beſitzes gegenüber dem Eigenthümer; werde ſie letzterm verweigert, ſo ſei man in einem Falle klaglos, den doch der Prätor bei Erlaſſung ſeines Edictes hauptſächlich im Auge gehabt habe. — Es iſt unbegreiflich, wie dieſe Erklärung die Waffen unbeachtet laſſen konnte, die ſie zu ihrer eigenen Widerlegung liefert. Iſt es denn nicht in ſich widerſprechend, daß die Klage nicht nur unter den ſeltenen und außergewöhnlichen, ſondern auch unter den der Betrachtung zunächſt ſich darbietenden Bedingungen ſoll gegeben ſein? Dennoch hat A. Faber [2]) die Anſicht der Gloſſe als die ſeinige adoptirt, und ſelbſt durch die wahre Bemerkung ſich nicht zurückſchrecken laſſen, daß der Ausdruck „agebatur“, ihr widerſtreite, indem eine Veräußerung nur vor, nicht nach

[1]) Ulp. in l. 4. §. 2. de alienat. jud. mut. c. facta.

[2]) A. Faber in Rationab. ad h. l.

angestellter Vindication Aenderung des Judiciums bezwecken könne. In der That ist gerade dies für die oben von mir angedeutete Erklärung entscheidend. —

Es ist keine ungewöhnliche Weise des Ausdrucks, Geschäfte, welche auf Eigenthumsübertragung gerichtet sind, auch wenn der Veräußernde nicht Eigenthümer ist, als solche zu bezeichnen, „quae dominium transferunt.“ So sagen die Kaiser Severus und Antonin bezüglich der Veräußerung eines Dotalgrundstückes, welches doch in das Eigenthum eines Andern nicht übertragen werden kann: „Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur“ [1]). Und in gleicher Weise bezeichnet Javolen solche Geschäfte als „res quae dominium transferunt“ [2]). Dies vorausgesetzt, kann die translatio possessionis, von welcher Pedius spricht, nichts Anderes sein, als die Uebertragung des Besitzes ohne die Absicht Eigenthum zu übertragen. Eine solche konnte nun namentlich vorkommen, wenn der Besitzer von einem Dritten belangt durch Verweigerung der geforderten Bürgschaft den Prätor nöthigte, dem Gegner den Besitz zuzuweisen. Eigenthümer wurde dieser dadurch nicht, wohl aber war er es nun, an welchen sich jeder Eigenthumsprätendent wenden mußte; und war also die Ueberlassung des Besitzes zu dem Ende geschehen, um einem Andern einen schwierigern Gegner zu verschaffen, so konnte die Anwendung der prätorischen Klage keinem Zweifel unterliegen. Gewiß, hierauf aufmerksam zu machen, hatte Pedius sehr guten Grund. In diesem Zusammenhange aber ist der Ausdruck „Cession“ des Besitzes nicht zu übersehen, der, auf die Uebertragung des Eigenthums angewandt, der vorliegenden Vergleichung erst ihre volle Bedeutung gibt. Auch das Eigenthum kann unter Mitwirkung eines römischen Magistrats vor Gericht cedirt werden. Mit Erfolg geschieht dies freilich nur, wenn der Cedent Eigenthümer ist, aber eine Aenderung des Judiciums bewirkt sie doch immerhin, sofern sie, wie

[1]) L. 1. C. de fundo dotali. | [2]) L. 55. de O. et A.

die Regel ist, auf den Gegner den Besitz mit überträgt [1]). Wie also könnte ein Vergleich besser motivirt sein? — Ist aber die gegebene Erklärung richtig, so gelangen wir sofort zu einer weitern Folgerung. Demjenigen, welcher den Besitz einer Sache hat, aber durch Verweigerung der Bürgschaft aufgibt, ist offenbar der gleichzustellen, welcher den ihm verliehenen Besitz durch Verweigerung der Bürgschaft zurückweist. Ulpian deutet dies in den obiger Stelle vorausgehenden Worten an, wenn er zwar die „omissio possessionis“ nicht als unter den Begriff einer Veräußerung fallend bezeichnet, doch aber beschränkend hinzufügt, dieses beziehe sich nicht auf den, welcher seinem Gegner den Besitz überlasse, ohne doch die Sache selbst missen zu wollen [2]). Sehr bestimmt und klar drückt er sich aber an einem andern Orte in folgender Weise aus:

Is, qui dolo fecit, quo minus possideret, ut possessor condemnatur: accipies, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere [3]).

Die Translation des Besitzes geschah jedoch auch nur gegen gehörige Bürgschaft, wie für die H. P. von Paullus [4]) ausdrücklich behauptet wird.

Quotiens hereditas petitur, satisdatio jure desideratur: et si satisdatio non detur, in petitorem hereditas transfertur. Si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanet: in pari enim causa potior est possessor.

Ein Gleiches für die R. V. nicht gelten zu lassen, wie Rudorff [5]) will, liegt meines Erachtens kein Grund vor. Denn das Argumentum a contrario, welches in dieser Stelle liegen soll, würde gegen klare Zeugnisse auch denjenigen von der Bürgschaft befreien, welchen

[1]) Gaius II. 24. „is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo.

[2]) L. 4. §. 1. de alienatione jud. mut. c. facta. Diese Stelle ist übrigens so unzusammenhängend, daß eine Emendation der Compilatoren mir höchst wahrscheinlich ist.

[3]) L. 25. §. 8. de H. P.

[4]) Paulli R. S. I. 11. §. 1.

[5]) Rudorff a. a. O. S. 38.

der Prätor zunächst zum Besitzer gemacht hat. Und darauf allein, daß einzelne Sachen der Regel nach weniger werthvoll sind, als Erbschaften, würde Rudorff selbst seine Ansicht nicht stützen wollen. Geradezu gegen ihn beweist aber Folgendes. Erbschaftsgüter bleiben, wie Paullus sagt, wenn nach geschehener Translation des Besitzes die Stellung von Bürgen wiederum verweigert wird, ohne Caution bei dem ersten Besitzer. Nur versteht es sich, daß, wenn dessen Person verdächtig ist, durch Sequestration eine passende Auskunft getroffen wird [1]). Offenbar dürfte dieses bei Einzelsachen, wenn jene Ansicht die richtige wäre, in gleicher Weise nicht vorkommen; dennoch finden wir das Gegentheil in folgender Stelle Ulpian's ausgesprochen.

Ulpian. libro XIV. ad Ed. in l. 7. §. 2. qui satisdare cogantur. Si satisdatum pro re mobili non sit, et persona suspecta sit, ex qua satis (Vulg. satisdatio) desideratur: apud officium deponi debebit, si hoc judici sederit, donec vel satisdatio detur, vel lis finem accipiat.

Ulpian nimmt an, daß die Deposition wegen Verdächtigkeit der Person geschehe, von welcher Caution verlangt, aber nicht geleistet wird. Ist dies Possessor oder Petitor? Nach Rudorff's Meinung kann es der Letztere nicht sein, weil er keine Bürgschaft zu leisten hätte; eben so wenig aber der Erstere, weil, wenn er die Bürgschaft verweigert, der Besitz ohne Zweifel an den Petitor zu transferiren ist. Seine Ansicht ist also jedenfalls mit der Stelle Ulpian's unvereinbar. Wie nun aber, wenn man jene Unterscheidung verwirft? Alsdann kann die verdächtige Person nur der Possessor sein, indem er es ist, welcher zur Stellung von Bürgen die nächste Verpflichtung hat.

Auch in einer andern Beziehung kann ich mit Rudorff [2]) nicht einerlei Meinung sein. Er vermuthet, man habe die Stellung von Prädes Litis Vindiciarum für den factisch in Freiheit Gesetzten dem

[1]) Arg. l. 1. §. 10. und l. 2. §. ult. de collatt. vergl. mit l. 5. §. 1. ut legat. seu fideicomm.

[2]) A. a. O. S. 22.

Adsertor erlassen, um ihm wie bei anderer Gelegenheit die Geltendmachung der Freiheit zu erleichtern. — Ich verkenne die Stärke dieses Argumentes nicht, muß es aber dennoch für unzureichend halten. Schon gegen das im Proceß der Virginia vorkommende Beispiel (ut puellam vindicaret, **sponsoresque daret**) läßt sich kaum die Möglichkeit einer Ungesetzlichkeit einwenden, da Icilius ohne Einwand auf dieses Verlangen seines Gegners eingeht. Sodann heißt es aber bei Martialis [1]):

Si de servitio gravi queruntur,
Assertor venias, satisque praestes.

Und sollte man hierbei an die wegen des Sacramentum zu stellende Bürgschaft denken wollen, so bleibt das sehr bestimmt redende Zeugniß des Thaleläus, der zu **l. 1. §. 2. C. de adsert. toll.** bemerkt, diese Constitution habe eine frühere Sitte aufgehoben, wornach vom Adsertor für den von ihm Vertheidigten Bürgschaft geleistet worden sei [2]). —

In welcher Weise vollzog nun der Prätor die Translation? So lange noch das Streitobject vor Gericht, oder dieses bei jenem gegenwärtig war, bediente er sich der Mitwirkung der Lictoren. Nach der theilweisen Aenderung dieser Sitte aber gab er hinsichtlich der abwesenden Sachen seinen Befehlen durch Verleihung von Interdicten Nachdruck, welche, indem sie gegen den Unterliegenden bedeutende Nachtheile verhängten, eine indirecte Nöthigung zum Gehorsam enthielten. Ihre Bekanntschaft haben wir durch ein erst vor wenigen Jahren aufgefundenes Fragment der Institutionen Ulpian's gemacht [3]). Hier werden ihrer zwei aufgeführt, das Interdictum quem Fundum und quam Hereditatem, und als Interdicta duplicia bezeichnet. So

[1]) Martialis, Epigr. I. 53.

[2]) Basil. (ed. Fabroti) tom. VI. p. 564. Auch **Cujacius** hat die hier vertheidigte Meinung. Vergl. Op. omnia ed. Molin. tom. I. p. 461. ad Paulli R. S. V. 33. §. 7.

[3]) Aufgefunden von Stephan **Endlicher**, abgedruckt in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. IX. Nr. I.

werden ſie genannt, weil ſie bald adipiscendâ, bald recuperandâ Poſſeſſionis ſind [1]): jenes, wenn der Beſitz des Imploraten beſtätigt, aber wegen verweigerter Caution zu reſtituiren war; dieſes, wenn der Implorant vor Beginn des Proceſſes den Streitgegenſtand beſaß, an den Gegner aber hatte reſtituiren müſſen, der nun die Cautionsleiſtung weigerte. Da ſich dieſe Interdicte aber nur auf Grundſtücke und Erbſchaften bezogen, ſo blieben wie oben einige Sachen zurück, deren Gegenwart zur Einleitung des Verfahrens nicht nothwendig, und derentwegen doch auch ein Interdict nicht gegeben war. Das Mittel, welches hier der Prätor anwandte, um ſeinem Befehle Gehorſam zu verſchaffen, beſtand, wie ſchon nachgewieſen iſt, in einer Strafklage, die auf den Werth des Streitobjects gerichtet wurde.

Fortſetzung.

§. 4.

Es bleiben nun noch zwei Fragen zu beantworten: welche rechtlichen Befugniſſe gewähren die Vindicien? welche Wirkung hat der Mißbrauch derſelben?

Wer vom Prätor gegen Stellung von Bürgen zum Beſitzer gemacht worden iſt, hat neben der durch den Beſitz factiſch gegebenen Möglichkeit des Fruchtbezuges ein Verwaltungsrecht, welches ſoweit reicht, als zur Erhaltung des Streitgegenſtandes und ſeiner Acceſſionen erforderlich iſt. Er iſt wie es D. Pius in einem Reſcripte ausdrückt, „domini loco“ [2]).

Bei der R. V. wird hiervon die unbedeutendſte Anwendung

---

[1]) cf. fr. Endl. 18. „..... adipiscendae quam recuperandae possessionis; qualia sunt interdicta Quem fundum et Quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi deinde amisi possessionem.“ Ich habe im Texte einen der Fälle, in welchem ich früher beſeſſen, dann aber den Beſitz verloren habe (nämlich durch Verleihung der Vindicien an den Gegner), näher bezeichnet. Vergl. übrigens l. 2. §. 3. i. f. de interdictis und Rudorff a. a. O.

[2]) L. 15. §. 2. de quaestionibus. Der Kaiſer folgert daraus, daß der Sclav gegen einen ſolchen Beſitzer ſo wenig wie gegen den Eigenthümer auf der Folter eine Ausſage machen dürfe.

gemacht. Der Beſitzer darf die Früchte, welche durch langes Liegen verderben würden, ja ſogar im Falle äußerſter Noth das Streitobject ſelbſt veräußern, ohne zu mehr als zur Herausgabe des empfangenen Pretiums verpflichtet zu werden. Dies ſagt eine Stelle aus Ulpian's Commentar zum Edict, welche ſich zwar zunächſt auf den neueren Proceß bezieht, aber unbedenklich auch vom alten Verfahren verſtanden werden kann [1]).

Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio judicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere. Nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aeque non amplius quam pretium praestabit.

Sehr viel weiter greift die Adminiſtrationsbefugniß bei Erbſchaften, wo ſie nicht bloß das Recht nothwendige Veräußerungen vorzunehmen gewährt, ſondern auch zur Anſtellung der in der Erbſchaft liegenden Klagen legitimirt.

So reſcribirte D. Pius [2]), der Beſitzer einer Erbſchaft, über welche ein Streit entſtehen werde, dürfe vor Beginn des Streites nichts veräußern, „nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione satisdare“. Welche Bürgſchaft iſt damit gemeint? Man könnte an die im ſpätern Proceſſe gewöhnliche Cautio Judicatum ſolvi denken; allein ich werde im folgenden Paragraphen zu zeigen Gelegenheit haben, daß, wenn vor Beginn des Proceſſes Beſitz mit Bürgſchaft verliehen wurde, dieſe immer die

---

[1]) L. 15. §. 1. de R. V.

[2]) Ulp. libro XIV. (Hal. libr. XV.) ad Ed. in l. 5 pr. de H. P.: „Divus Pius rescripsit, prohibendum possessorem hereditatis, de qua controversia erit, antequam jis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi maluerit pro omni quantitate hereditatis vel verum ejus restitutione (Hal. aestimatione) satisdare. Causa autem cognita et si non talis data sit satisdatio, sed solita cautio etiam post litem coeptam deminutionem se concessurum Praetor edixit, ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias impediat.“ — — Der Zuſatz „de qua controversia erit“ unterſcheidet den hier gedachten Erbſchaftsbeſitz von der B. P., welche zur Erweiterung der civilrechtlichen Delationen dient, und dem Erbrechte vollkommen gleich ſteht. In Beziehung auf die Erbſchaftsklagen beweiſt dies Ulp. XXVIII. 12. und Gaius IV. 34.

althergebrachte war, die durch keinen Zeitlauf unterging. Von dieser ist also hier die Rede. Auch nöthigt der zweifache Ausdruck, dessen sich der Kaiser bedient, keineswegs zur Annahme zweier Cautionen [1]). Denn die prätorischen Cautionen werden bald unmittelbar auf die eigentlich erzielte Leistung, bald auf das Interesse des Stipulator gerichtet [2]), und obwohl für einige derselben die eine oder andere Weise stehend geworden ist [3]), so haben doch wieder bei andern die Parteien vollkommen freie Wahl behalten [4]).

Dagegen erwähnt nun aber der Kaiser ferner, daß das prätorische Edict dem Besitzer die Veräußerung nach dem Beginn des Processes selbst dann gestatte, wenn nicht jene alte Bürgschaft, sondern die späterhin gebräuchlichere Cautio Judicatum solvi [5]) geleistet sei, hier jedoch nur nach vorgängiger Causâ Cognitio.

Und in welchen Fällen wird denn die Veräußerung als in der Administration liegend betrachtet? Beispielsweise führt Ulpian an, wenn sie zur Beschaffung der Leichenkosten, zur Verköstigung der Sclaven, zur Auslösung einer verpfändeten Sache geschehe; was wir wieder auf denjenigen angewandt finden, welcher nach dem Carbonianischen Edicte in den Besitz der Erbschaftssachen gesetzt ist, und die erforderliche Caution gestellt hat; nur mit dem Unterschiede, daß dieser auch zum Zwecke seiner Alimentation Veräußerungen vornehmen darf [6]).

Ganz ebenso verhält es sich mit der Anstellung der Erbschaftsklagen. Auch diese ist nicht unbedingt, sondern nur soweit gestattet, als es die Erhaltung der Erbschaft verlangt. Persönliche Klagen

---

[1]) So meint Rudorff a. a. O. 41.

[2]) Paullus in l. 2 pr. de praet. stip.: „Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem.“

[3]) L. 2. §. 2. de praet stip.; l. 5. §. 5. jud. solvi.

[4]) L. 1. §. ult. l. 2. si cui plus, quam; l. 21. §. ult. de O. N. N.; l. 1. §. 16. ut legatorum; l. 47. §. 2 de leg. I.

[5]) Daß unter der „solita cautio“ die Cautio Jud. solvi zu verstehen, beweist l. 40. §. 2. de proc., l. 28. §. 1. C. de admin. tut. Cujacius (in Opp. tom. VII. in Recit. ad h. l.) und nach ihm Rudorff verstehen darunter die von Justinian neueingeführte Caution; cf. §. 2. I. de satisdatt.

[6]) L. 5. §. 2. de Carb. ed.; l. 5. §. 3 eod.

dürfen angeſtellt werden, wenn ſie zu verjähren drohen, dingliche, wenn die Uſucapion von Erbſchaftsſachen vereitelt werden ſoll. So ſagt Papinian [1]):

Si bonae fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut qui res hereditarias occupaverint, consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. Petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit: quid enim, si possessor hereditatis negligat? quid, si nihil juris habere se sciat?

Ich habe den Schlußſatz dieſer Stelle nur aufgenommen, um zu zeigen, daß es ſich im erſten Theile derſelben von einem Beſitzer handele, der mit der Erbſchaftsklage belangt Bürgen geſtellt hat. Denn Petitor kann der Erbe nur dann genannt werden, wenn er geklagt, d. i. nach altem Rechte, wenn er den Gegner zur L. C. vor Gericht geladen hat. Ihm gegenüber iſt Poſſeſſor der Verklagte. Dieſer nun ſoll gegen die Erbſchaftsſchuldner und Beſitzer von Erbſchaftsſachen wenigſtens dann belangend auftreten können, wenn Gefahr vorhanden iſt, daß während des Proceſſes die Klagen untergehen werden. Ebenſo drückt ſich Ulpian in einer Entſcheidung aus, welche theilweiſe ſchon oben erwähnt iſt:

Adversarius autem, si satisdederit, res quae tempore periturae aut deteriores futurae sint, distrahere debet: item a debitoribus, qui tempore liberabuntur, exigere debet [2]).

In einem ſtarken Gegenſatze gegen dieſes ſo beſchränkte Recht der Klage ſteht die Verpflichtung des Beſitzers zur Annahme aller Erbſchaftsklagen, ſobald die L. C. geſchehen iſt [3]); denn vorher hat er eine exceptio, ne praejudicium fiat hereditati [4]). Man könnte

[1]) L. 49 de H. P.

[2]) L. 5. §. 2. de Carb. ed. Hieraus erklärt ſich der ſcheinbare Widerſpruch zwiſchen l. 3. §. 13 und l. 15 eod.

[3]) Paulius in l. 4. §. 1. si cui plus: Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis. Cf. 6. §. 5. de Carb. ed.

[4]) L. 13. de exceptt.; l. ult. C. de H. P.

dies unbillig finden, da ihm doch die nöthigen Zahlungsmittel versagt zu sein scheinen. Allein die strenge Consequenz legte dem Besitzer jene Verpflichtung auf, insofern er versprochen hatte, von den Erbschaftssachen nichts abhanden kommen zu lassen, und die Folge verweigerter Vertheidigung Ueberlieferung der Erbschaftsgüter an die Gläubiger sein würde [1]). Und auch die Unbilligkeit dieser Consequenz verschwindet, wenn man annimmt, daß dies einer von den Fällen gewesen sei, in denen der Besitzer habe Veräußerungen vornehmen [2]) und Klagen anstellen dürfen.

Zuletzt ist noch dessen zu erwähnen, welcher während des Freiheitsprocesses in den Genuß der Freiheit gesetzt worden ist. Er ist factisch frei [3]), und daher alle Handlungen vorzunehmen im Stande, zu welchen die Freiheit legitimirt. Er kann (was dem Sclaven untersagt ist) Klagen anstellen, selbst gegen den Bestreiter seiner Freiheit, wenigstens solche Klagen, die durch Zeitablauf verloren gehen würden. Dritten gegenüber gilt nicht einmal diese Schranke, weil sonst durch Vorschieben eines Andern, der die Freiheit bestritte, wohl begründete Klagen gehemmt werden könnten [4]). Umgekehrt darf auch der Herr ihn belangen, ohne dadurch seine Freiheit anzuerkennen [5]). Doch hängt in allen diesen Fällen die Wirksamkeit des Judicium vom Erfolge des Freiheitsprocesses ab [6]). — Daß er auch Erwerbshandlungen vornehmen kann, ist nichts Besonderes; wohl aber, daß er durch in Jure Cessio muß Eigenthum erwerben können.

Soviel über die Befugnisse des Besitzers. Wenden wir uns nun zu seinen Verpflichtungen.

---

[1]) Julian. in l. 7. §. 5. de Carb. ed.: „Cum autem ex duobus fratribus ex hoc edicto missis alter pro parte sua paternam hereditatem non defendit: compellitur alter totam defendere, aut universa creditoribus cedere."

[2]) In Beziehung auf die Veräußerung einer geschuldeten Sache ist dies von Papinian in l. 13. fam. erc. anerkannt: „Alienationes etiam post judicium acceptum interdictae sunt duntaxat voluntariae, non quae vetustiorem causam et originem juris habent".

[3]) L. 24. pr. l. 25. §. 2. de lib. causa.

[4]) Arg. l. 24. §. 1. eod.; l. 33. §. 1. de procur.

[5]) L. 24. §. 3. de lib. causa.

[6]) L. 24. §. 3.; l. 25. §. 2. eod.

Von dieſen iſt beiläufig bei Beſtimmung deſſen, was die Prädes Litis Vindiciarum verſprechen, bereits die Rede geweſen. Doch iſt wohl zu merken, daß dieſelben keineswegs auf beſonderem Verſprechen, ſondern jenem älteſten Verfahren gemäß auf geſetzlichem Grunde beruhen, wie daraus hervorgeht, daß während im alten Rechte nur von Bürgen, in einem ſpätern nachgebildeten Verfahren von einer durch Bürgen zu verſtärkenden Stipulation des Beſitzers die Rede iſt [1]). Unterliegt alſo der Beſitzer, „si vindiciam falsam tulit“ [2]), ſo klagt der Sieger gegen die Bürgen aus dem geleiſteten Verſprechen, gegen den Beſitzer ſelbſt aber wird ihm ein Arbitrium zur Schätzung des zugefügten Schadens gegeben. Nur ſind natürlich die Verpflichtungen des Beſitzers von denen der Bürgen nicht verſchieden, und durch dieſelben Bedingungen, unter welchen die Bürgſchaft verfällt, wird auch die Haftung des Beſitzers begründet.

Was die Schätzung des Schadens anbelangt, ſo iſt ein Fall dadurch ausgezeichnet, daß die Verurtheilung auf mehr, als der Schaden wirklich beträgt, gerichtet wird. Nach einer Beſtimmung der 12 Tafeln ſollen nämlich die Früchte zu ihrem doppelten Werthe angeſchlagen werden, wie Feſtus in folgender lückenhaften Stelle berichtet.

——— et in XII: Si vindiciam falsam tulit, si velit is .... tor tres arbitros dato, eorum arbitrio .... fructus duplione damnum decidito.

Das, was dieſe Stelle hier zu beweiſen beſtimmt iſt, geht trotz ihrer Lücken klar aus ihr hervor. Aber inſofern iſt es nicht gleichgültig, wie man das Fehlende erſetzt, als es ſich fragt, ob nicht auch das Streitobject ſelbſt unter jener Beſtimmung begriffen ſei. In dieſer Beziehung kommt weniger auf die erſte, als auf die zweite Lücke an.

---

[1]) Dies iſt die stipulatio pro praedelitis vindiciarum; in Beziehung auf dieſelbe ſagt Gaius IV. 89, der Beſitzer müſſe „cum satisdatione cavere.“

[2]) Festus s. v. vindiciae (ſ. unten). Cic. pro Milone c. 27. gebraucht den Ausdruck: „injustis vindiciis ac sacramentis.“

Die erſte hat Cujacius [1]) unter Verweiſung auf die im römiſchen Sprachgebrauche gangbare Verbindung von res und lis [2]) ſehr ſinnreich mit den Worten ausgefüllt rei si|ve lit|is Praetor, geht aber dabei von der durch die neueren Vergleichungen der Handſchrift widerlegten Vorausſetzung aus, daß auch vor „si“ eine Lücke ſei [3]). Dieſen Einwand vermeidet C. O. Müller, indem er mit geringer Aenderung des Textes zu leſen vorſchlägt: „stlitis vindiciarum Praetor“. In der That darf man ſich aber bei dem Texte, wie er vorliegt, beruhigen, wenn man nach „si velit is“ etwa einſchiebt „qui vicit, Praetor“, ſo daß ganz paſſend an die Wahl erinnert würde, welche der ſiegreiche Kläger zwiſchen dem Beſitzer und deſſen Bürgen hat, in ähnlicher Weiſe, wie dies von Gaius [4]) mehrfach geſchieht. Die Lücke vor „fructus“ würde man geneigt ſein, durch „rei et“, auszufüllen, wenn ſich nachweiſen ließe, daß auch der Streitgegenſtand in's Doppelte geſchätzt worden ſei. Hierfür ſpricht zwar Einzelnes, beſonders daß die Weihung des Streitgegenſtandes jene Wirkung geäußert [5]); aber auch zugegeben, es handele ſich dabei von einer Handlung des Beſitzers und nicht des Vindicanten, bliebe es dann nicht auffallend, daß dieſer Fall eigens hervorgehoben ſein ſollte, während die Regel ſchon vollkommen ausgereicht haben würde? Außerdem aber finden wir in den Sententiä des Paullus die eigenthümliche Schätzung der Früchte noch als geltendes Recht, während nirgends von einer ähnlichen Schätzung des Streitgegenſtandes die Rede iſt. Dagegen ſcheint es der Natur der Sache ganz entſprechend,

---

[1]) Cuj. in Observ. V. 21. (in Opp. tom. III.)

[2]) Varro de L. L. lib. VII. p. 370. ed. Müller. Cic. pro Mur. c. 12. i. f.

[3]) So in den Ausgaben von C. O. Müller und Lindemann. Auch ältere Recenſionen ſtimmen damit überein, wie die des Urſinus und Dacier.

[4]) Gai. IV. 89.: „ut si victus sis, — — sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.“ IV. 169.: „Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio judicio de possessione reciperanda experitur, ita ..... fructus licitatione agere.“

[5]) Gai. in l. 3. D. de litigiosis.

anzunehmen, daß in der Lücke der Ausdruck „neglecti“ geſtanden habe, der ebenſowohl die aus Nachläſſigkeit nicht percipirten, als die nach der Perception abhanden gebrachten Früchte bezeichnet. Denn nur dieſe, nicht die vorhandenen, ſind es, welche der Richter zu dupliren hat, wie folgende Stelle des Paullus darthut [1]).

Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogitur.

Nicht ganz unbeſtritten iſt es auch, von wem denn doppelte Früchte zu präſtiren geweſen, ob von einem jeden Beſitzer oder nur vom unredlichen? Auf letztern beſchränkt J. Gothofredus dieſe Verpflichtung mit Berufung auf eine Conſtitution der Kaiſer Gratian, Valentinian II. und Theodos [2]), weil die Kaiſer verordnen, wenn nach Ablauf des zweimonatlichen Tempus Judicati der ſäumige Schuldner mit der Actio Judicati belangt werde, ſolle er vom Beginn dieſes Proceſſes an zweimal 12 Procent zahlen, gleichwie im alten Rechte die unredlichen Beſitzer auf doppelte Früchte verurtheilt worden ſeien. Allein wie wenig hieraus für die Entſcheidung vorliegender Frage gefolgert werden könne, beweiſt eine Conſtitution von Valentinian I. und Valens [3]), in welcher der Beſitzer in gutem Glauben nach der Litis Conteſtation dem Prädo bezüglich des Duplum nicht erſt gleichgeſtellt, ſondern gleichgeachtet wird. Auch findet ſich bei Paulus, der doch an zwei Stellen von der Sache handelt, keine Andeutung einer ſolchen Beſchränkung, die in der That für die Zeit, in welcher der Beſitz noch vom Prätor bei Beginn des Proceſſes verliehen wurde, völlig ſinnlos geweſen wäre. — Zu einem andern Irrthume könnte die letztgenannte Conſtitution verleiten, wenn ſie beſtimmt, der Prädo ſolle „a die invasi loci“ doppelte Früchte leiſten. Aber

[1]) Paulli R. S. I. 13. B. 8. Daß der Ausdruck „fructus neglecti“ alt und techniſch ſei, beweiſt auch Festus s. v. neglegens: „Neglegens dictus est non legens.“

[2]) L. 1. C. Th. de usuris rei jud. (380); cf. J. Gothofredus ad l. 1. C. Th. de fruct. et litis expensis.

[3]) L. 1. C. Th. de fructibus et litis expensis (369.).

Paullus setzt, ohne zu unterscheiden, den Anfangspunkt der stärkern Haftung auf die Zeit der L. C. [1]).

In Justinian's Compilation geschieht der doppelten Früchte nirgends ausdrückliche Erwähnung. Spuren der alten Sitte hat Cujacius in den Ausdrücken „fructus majores", „ut fructus secundum legem aestimentur", „ampliores fructus quam oportet consecutus" [2]) finden wollen. Eine ähnliche, nur in anderer Gestalt vorkommende Verdoppelung geschah im alten Processe auch bei den Interdicta retinendâ Possessionis [3]).

Fortsetzung.

§. 5.

Wie wir gesehen, ist die Ertheilung der B. P. ein extrajudicieller Act geworden. Jeder, welcher einen der vom Prätor im Edicte aufgestellten Delationsgründe für sich anführen kann, darf ohne Weiteres um dieselben bitten. Erst wenn ein Kläger auftritt, welcher Civilerbe zu sein behauptet, lenkt das Verfahren in die gewöhnlichen Bahnen ein. Der Prätor bestätigt den Besitz dessen, welchen er im Edicte gerufen hat, verlangt aber von ihm, daß er dem Kläger hinreichende Bürgschaft stelle. Nun gibt es aber einige Fälle, in denen die B. P. zwar vor Beginn des Erbschaftsstreites verliehen wird, jedoch nur gegen Stellung von Prädes Litis Vindiciarum, in welchen sich also dasselbe Verfahren wiederholen muß, das regelmäßig bei Ertheilung der Vindicien vorkommt. Im Allgemeinen tritt dies dann ein, wenn der Besitz vorläufig, d. h. vor Eintritt eines Er-

[1]) Paulli R. S. V. 9. 2.: „Ex die accepti judicii dupli fructus computantur." Siehe auch Papiani lib. resp. tit. 34: „fructus enim m. f. possessor ante conventionem simplos ex lege praestabit, secundum legem Theod. vel sententiam Paulli."

[2]) L. 6. §. 7. mandati; l. 12. §. 1. de distr. pign.; l. 9. §. 6. ad exhib.; l. 8. §. 1. de neg. gestis; cf. Cujacius in Obss. IX. 19. (tom. III.) und ad l. 17. §. 1. de R. V. (tom. VII.). Die Constitution von Valentinian und Valens ist ohne Erwähnung der dupli fructus in die Compilation übergegangen. Cf. l. 2. C. J. de fruct. et lit. exp. — Eine Anwendung jener Constitution findet sich in den Briefen des Ambrosius († 397.) lib. V. ep. 24.

[3]) Vgl. Hefftter: Observ. ad Gajl lib. IV., obs. 24.; Huschke: Studien des röm. Rechts. S. 333.

eigniſſes verliehen wird, welches die Geltendmachung des von einem Andern behaupteten Erbrechts hinausſchiebt.

Vor Allem gehört hierher die Verleihung der B. P. an denjenigen, welcher unter einer Bedingung zum Erben ernannt iſt, vor Eintritt dieſer Bedingung.

Der Prätor hatte die B. P. demjenigen verheißen, welcher in einer äußerlich fehlerfreien Teſtamentsurkunde zum Erben eingeſetzt ſein würde. An ſich lag hierin nicht, daß auch dem unter einer Bedingung eingeſetzten, alſo in der That noch gar nicht gerufenen Erben der Beſitz gegeben werden ſolle. Aber da es unzweckmäßig war, die Erbſchaft wegen möglicher Deficienz der Bedingung herrnlos liegen zu laſſen, den Eingriffen eines Jeden preisgegeben, ſo entſchloß ſich der Prätor, die urſprüngliche Beſtimmung des Edicts in jenem Sinne auszudehnen.

Dies nun war ein Fall, in welchem der Beſitz zwar verliehen, den Erbſchaftsprätendenten aber nicht geſtattet war, ſofort mit der H. P. aufzutreten, da ihnen ſo wenig vor Deficienz der Bedingung, als dem inſtituirten Erben vor Eintritt derſelben die Erbſchaft deferirt wurde. In gleichem Maaße alſo wie dieſer verdienten auch jene den Schutz und die Nachhülfe des Prätors. Nur war doch eine bedeutende Unterſcheidung zu machen. Den Inteſtaterben wird überhaupt nicht deferirt, ſo lange es noch ungewiß iſt, ob Jemand aus dem Teſtamente die Erbſchaft erwerben werde oder nicht; ſie hatten deshalb zur Zeit ſo wenig einen Anſpruch auf den Schutz des Prätors, wenn der bedingt eingeſetzte Erbe, als wenn ein Dritter den Erbſchaftsbeſitz an ſich nahm. Der Subſtituirte dagegen wird durch das Teſtament und zwar in demſelben Momente gerufen, in welchem ſich die Delation des bedingt Inſtituirten entſcheidet; beide ſind alſo zur Todeszeit des Teſtators in gleicher Lage, und wenn der Prätor dem letztern den Erbſchaftsbeſitz verleiht, ſo kann man es jenem nicht als Chicane auslegen, wenn er verlangt, durch Bürgen ſichergeſtellt zu werden; können doch auch Legatare, welche unter entgegengeſetzten Bedingungen bedacht ſind, beide

vom Erben Cautien verlangen [1]). So ſagt denn Paullus in einer Note zum fünften Buche der Quäſtionen Papinian's in l. 8. pr. de praet. stipulat.

Paullus notat: qui sub condicione institutus est, adgnita bonorum possessione cogitur substituto in diem cavere longiorem. Praetor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum: et potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.

Etwas Auffallendes hat der Schlußſatz dieſer Stelle. Während man eine weitere Begründung jener prätoriſchen Anordnung erwartet, ſcheint ein Bedenken nachzufolgen, welches ohne alle Löſung bleibt. Cujacius [2]) ſieht ſich daher veranlaßt, auf den Vorſchlag von P. Faber einzugehen, welcher ſtatt „et potest" leſen will „nec potest". Ohne Zweifel iſt damit der Gedanke des Juriſten, wie er durch den Verlauf der Stelle bedingt iſt, vollkommen richtig erfaßt: „weil der Prätor nicht wollen kann, daß das, was dem Einen eine Wohlthat iſt, dem Andern nachtheilig ſei, liegt in der Bitte um Caution keine Chicane". Eine andere Frage aber iſt die, ob die vorgeſchlagene Aenderung wirklich nothwendig iſt; und dieſe muß verneint werden, ſobald man dem „videri" ſeine volle Bedeutung einräumt. Allerdings kann es ſcheinen, will Paullus ſagen, als ob die Bitte um Caution eine Chicane enthalte, da der Inſtitutus dem Subſtitutus vorgehe; doch wolle der Prätor letztern nicht dadurch benachtheiligen, daß er ihn ohne Schutz gegen die Gefahren der B. P. laſſe. — Sehr viel beſtimmter drückt dieſen Zuſammenhang Ulpian in folgender Stelle aus:

Ulp. libro LXXVII. ad Ed. in l. 12. qui satisdare cogantur. Inter omnes convenit, heredem sub condicione, pendente condicione possidentem hereditatem, substituto cavere debere de hereditate: et si defecerit condicio, adeuntem hereditatem sub-

---

[1]) L. 8. §. 1. de praet. stip.: „Cum sub contrariis conditionibus Titio et Maevio legatum sit, utrique cavetur: quia uterque ex voluntate defuncti speret legatum.

[2]) Cujacius ad Paulli R. S. V. 9. §. 1. (in Opp. tom. I.).

stitutum et petere hereditatem posse, et si obtinuerit, committi stipulationem: et plerumque ipse Praetor ante condicionem existentem et ante diem petitionis venientem ex causa jubere solet stipulationem interponi.

Ulpian erzählt, es sei eine allgemeine Ansicht, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe, wenn er die Erbschaft vor Eintritt der Bedingung in Besitz nehme, dem Substituten Bürgschaft leisten müsse, und bemerkt dazu, überhaupt befehle der Prätor unter Umständen auch vor Einleitung des Processes und ehe geklagt werden könne (ante condicionem existentem) dem Besitzer Caution zu stellen.

Welche Caution ist dieses nun? Schon oben ist eines Rescriptes von D. Pius Erwähnung gethan, welches dem Besitzer einer Erbschaft, über die ein Proceß bevorsteht (de qua controversia erit), die Veräußerung von Erbschaftsgegenständen untersagt, wenn er sich nicht entschließe, Prädes Litis Vindiciarum zu stellen. Um einen solchen zukünftigen, nicht gegenwärtigen Erbschaftsstreit handelt es sich aber in vorliegendem Falle, und was also ist wahrscheinlicher, als daß gerade jene Art der Cautionsleistung auch hier zu unterstellen sei? Zudem spricht Paullus den Besitzer schuldig, vom Tage der geleisteten Stipulation an doppelte Früchte zu zahlen, und bezeichnet als den Inhalt der Caution das Versprechen „ne petita bonorum possessione hereditatem deminuat.“ Ja daß an die in dem spätern Processe gebräuchlichere Cautio Judicatum solvi gar nicht gedacht werden dürfe, geht mit voller Bestimmtheit daraus hervor, daß diese Caution nicht länger als eine Proceßverjährungsfrist, d. i. bei Judicia legitima 18 Monate Geltung hat [1]), mithin unanwendbar erscheint, so oft die Klagestellung durch eine Bedingung auf's unbestimmte hinausgeschoben ist.

Paullus in rec. sent. V. 9. §. 1.

Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne

[1]) L. 2. jud. solvi.: „Cum lite mortua nulla res sit: ideo constat fidejussores ex stipulatu judicatum solvi non teneri.“

petita bonorum possessione hereditatem deminuat. Hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur. Hujus enim praejudicium a superiore differt, quo quaeritur, an ea res, de qua agitur, major sit centum sestertiis: ideoque in longiorem diem concipitur.

Wir finden hier einen Ausdruck wieder, der uns schon in der oben abgedruckten Stelle des Paullus begegnet ist: „in diem longiorem cavere“. In beiden Stellen fehlt eine Angabe des Gegensatzes, an den man durch den Comparativ erinnert wird. Doch kann es nach den bisherigen Erörterungen nicht zweifelhaft sein, daß der Jurist die engen, genau umgrenzten Fristen der Cautio Jud. solvi im Sinne habe, ja wir sind dies vollständig zu erweisen im Stande durch eine Stelle Ulpian's, in welcher eine auf „longum tempus“ gestellte Caution einer dreijährigen entgegengesetzt wird. Denn drei Jahre bilden die Proceßverjährung des spätern Rechts, sind also, wie ohne Bedenken angenommen werden darf, von den Compilatoren an die Stelle der alten 18 Monate gesetzt worden [1]). Alsdann hat aber der Schluß jenes Fragmentes diesen Sinn. Ist die zu entscheidende Vorfrage von der Art, daß sie sofort innerhalb des Processes über die Erbschaft zur Entscheidung gebracht werden kann, so steht nichts im Wege, den Proceß durch Cautio Jud. solvi einzuleiten; hängt ihre Entscheidung dagegen von zufälligen Ereignissen ab, so muß eine auf längere Frist gestellte Caution, d. i. die alte den Bestimmungen der Leges Juliä nicht unterworfene Bürgschaft geleistet, und der Beginn des Processes bis zum Eintritte der Bedingung hinausgeschoben werden. Freilich wird darüber kaum eine sichere Behauptung aufgestellt werden können, welche Bewandtniß es mit jenem Präjudicium habe, von dem Paullus vorher geredet haben will („a superiore“). Vielleicht läßt sich aber unten

[1]) Ulp. in l. 10. de praet. stip.: „Si Praeses, qui ante in triennium caveri jusserat, postea in longum tempus caveri praecepit: quia a prima stipulatione prorsus discedi voluerat exceptionem primae stipulationi obligatis peperisse videtur.“

wahrscheinlich machen, daß sich dasselbe auf die Competenz der Centumviralgerichte bezog, welchen seit August die bedeutendern Sachen vorbehalten waren [1]).

Was das Verfahren anbelangt, so berechtigen die Ausdrücke „cogere“, „compellere“ zu der Annahme, daß, wenn nach vorgängiger Untersuchung der Prätor den Befehl zur Leistung der Bürgschaft an den Besitzer habe ergehen lassen, für den Fall der Weigerung dem Imploranten das Interdictum quam Hereditatem verliehen worden sei.

Weniger ausführlich sind unsere Nachrichten über einen andern ganz ähnlichen Fall. Ist die Erbschaft einem Wahnsinnigen deferirt, welcher, so lange die Geistesabwesenheit dauert, weder die Erbschaft antreten, noch die Bonorum Possessio erbitten kann, so wird seinem Curator gestattet, Einsetzung in den Besitz zu verlangen. Macht dieser davon keinen Gebrauch, so darf der nächste Substitutus die Erbschaft in Besitz nehmen, muß jedoch (wie es der Curator muß) allen denen Caution leisten, welchen er, den Bestimmungen des Testaments gemäß, möglicherweise die Erbschaft zu restituiren hat, also dem instituirten Furiosus und den nachfolgenden Substituten, jenem, weil er zu Verstande kommen und dann die Erbschaft erwerben kann, diesen, weil wenn er selbst (der nächste Substitutus) während des Wahnsinns des Institutus sterben sollte, seine Erben den Besitz an den entferntern Substitutus zu restituiren haben [2]).

Sodann gehört hierher ein Rescript des Kaisers Hadrian [3]). Aelius Asiaticus besaß eine Erbschaft, welche Trebius auf den Grund eines Testamentes als die seinige in Anspruch nahm. Aelius behauptete aber, das Testament sei untergeschoben, und erbot sich, dies durch eine

[1]) Andere Erklärungen findet man bei Schulting in seiner Jurisprudentia antejustinianea ad h. l., und Hefftter in Obss. ad Gaii librum quartum, obs. ult.

[2]) Papin. in l. 1. de B. P. furioso, infanti etc. competente. Cf. Cujacius ad h. t. (in Opp. tom. IV. ad librum XV. Quaest.)

[3]) L. 5. §. 1. de H. P.: „Divus Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis de hereditate, et sic falsum dicat. Hoc ideo, quia sustinetur hereditatis petitionis judicium, donec falsi causa agatur.

Anklage auf Fälschung darzuthun. Der Kaiser reſcribirt, er ſolle wegen der Erbſchaft Caution leiſten, und dann das Falſum anklagen, weil bis zu erfolgter Entſcheidung der Erbſchaftsſtreit hinausgeſchoben werde. — Auffallend iſt bei dieſer Antwort, daß Trebius auf die H. P. verwieſen wird, ſtatt zufolge des Teſtamentes den Erbſchaftsbeſitz zu erhalten [1]). Allein es liegt ſehr nahe anzunehmen, daß er die für die Agnition der B. P. geſteckte Friſt verſäumt und dadurch Anlaß zu weiterer Delation gegeben hatte.

Sehr viel wichtiger aber als dieſe Fälle iſt die Verleihung des Erbſchaftsbeſitzes an einen Impubes ex Edicto Carboniano und die damit verbundene Verſchiebung des Proceſſes über das Erbrecht.

Fortſetzung.

§. 6.

Zählt ſich Jemand zu den Kindern (liberi) eines Verſtorbenen, ſo können Dritte ſeine auf Civilrecht und prätoriſches Edict gegründeten Anſprüche dadurch vernichten, daß ſie darthun, das dieſe Anſprüche bedingende Familienband exiſtire nicht, er ſei untergeſchoben oder unfrei, oder der Verſtorbene ſelbſt ein Sclav [2]). Unter gewöhnlichen Verhältniſſen wird dieſer Streit über den Status als Incidentpunct in dem Erbſchaftsproceſſe ſofort entſchieden; iſt aber jener Erbſchaftsprätendent noch unmündig, ſo ſcheint es billiger, die Unterſuchung ſo wichtiger Verhältniſſe der Zeit ſeiner Reife vorzubehalten.

Dies machte der Prätor Carbo möglich, indem er erklärte, die agnatiſchen Deſcendenten, wenn ſie zur B. P. c. t. oder unde Liberi berechtigt ſeien, innerhalb der gewöhnlichen Agnitionsfriſten in den Erbſchaftsbeſitz mit der Wirkung ſetzen zu wollen, daß der Streit über den Status und das durch dieſen bedingte Erbrecht bis zu ihrer Pubertät hinausgeſchoben werde. Um jedoch vollen und ausſchließ-

[1]) L. 2. C. de edicto D. Hadr. tollendo: „Quamvis — falsum — testamentum — esse dicatur: tamen scriptus heres in possessionem mitti solet.“

[2]) L. 1. §. 4. 5. 6. 9 und 11.; l. 2. l. 3. §. 6. de Carbon. ed.

lichen Beſitz zu erhalten, muß der Pupill zugleich die ordentliche B. P. erbitten; ohne dies wird er mit denen in den Beſitz geſetzt, welche in der folgenden Claſſe ſei es durch Teſtament oder Geſetz gerufen ſind.

Julianus libro XXIV. Dig. in l. 7. §. 8. de Carb. edicto. Quaesitum est, an simul pupillus ex Carboniano, et scripti heredes secundum tabulas bonorum possessionem haberent? Respondi, si filius non esset, aut non accepisset contra tabulas vel ab intestato bonorum possessionem: simul et ipsum ex Carboniano et scriptos heredes secundum tabulas habituros bonorum possessionem [1]).

In dieſer Stelle tritt nur eine Schwierigkeit hervor: was heißt es, wenn Julian ſagt, ein gemeinſchaftlicher Beſitz finde auch dann ſtatt, „si filius non esset.“ Löhr [2]) meint, das heiße: „wenn außer dem Pupillen kein Sohn vorhanden ſei;“ aber wie ſoll es denn geſchehen, daß unter dieſer Vorausſetzung der Pupill mit den Teſtamentserben den Beſitz erhalte, da doch im Gegenſatze zu der andern Alternative („aut non accepisset c. t. b. p.“) angenommen werden muß, er habe auch die ordentliche B. P. erbeten. Ich glaube vielmehr, daß jene Worte durch ein Verſehen der Compilatoren eingeſchlichen ſind, ohne in das juſtinianeiſche Recht zu paſſen. Zu Julian's Zeit nämlich wurde den präterirten Töchtern und Enkeln nicht mehr wie früher die B. P. gegen das ganze Teſtament gegeben, ſondern gemäß den Beſtimmungen des Civilrechts nur der Beſitz eines durch ihr eigenthümliches Jus Accreſcendi beſtimmten Theiles [3]). Sie erhalten daher auch zufolge des Carbonianiſchen Edicts den Erbſchaftsbeſitz gemeinſam mit den teſta-

[1]) Vergl. auch l. 1. §. 4. si tabulae testamenti nullae exstabunt; l. 2. §. 12. de SCto Tertyll.

[2]) Löhr im Mag. für die Philoſophie und Geſchichte des Rechts, Bd. II. S. 454. Note 1.

[3]) Gai. II. 126.: „Et efficeretur sane per hanc bonorum possessionem, ut nihil inter feminas et masculos interesset: sed nuper Imperator Antoninus significavit rescripto, suas non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure accrescendi consequerentur.“

mentarischen Erben, und dies ist es, was jene Worte: „si (pupillus) filius non esset“, sagen wollen.

Wie aber kommt es denn, daß der Pupill nicht immer zu gleicher Zeit die ordentliche und außerordentliche B. P. erwirbt? Erstens läuft beiden eine verschiedene Agnitionsfrist, insofern sie für jene mit der Kenntniß vom Anfalle der Erbschaft, für diese mit dem Augenblicke beginnt, in welchem der Pupill erfährt, daß ihm Status und Erbrecht bestritten werde. Da nun das Erbrecht auch nach dem Anfalle bestritten werden kann, so ist es möglich, daß die außerordentliche B. P. noch agnoscirt werde, nachdem die ordentliche versäumt ist [1]). Sodann liegt in der Bitte um Verleihung des Besitzes aus dem Carbonianischen Edicte nicht schon die Bitte um die ordentliche B. P. Man konnte daher (vor Constantin, der die förmliche Bitte aufhob) die eine ohne die andere, die außerordentliche ohne die ordentliche agnosciren [2]).

Hatte aber — und dies bildete ohne Zweifel die Regel — der Pupill zugleich die ordentliche B. P. erbeten, so ist in der That jeder Andere an sofortiger Geltendmachung seines Erbrechts gehindert, und dadurch dieser Fall dem im vorigen Paragraphen behandelten wesentlich gleich. Der Pupill hat also vor Allem die gewöhnliche Bürgschaft zu leisten. Verweigert er dieselbe „si rem nolit defendere“ [3]), so muß nach allgemeiner Regel der Besitz auf den Gegner übertragen werden. Doch bewirkt hier das Carbonianische Edict eine sehr wesentliche Modification. Da dieses nämlich dem Pupillen alle Vortheile seiner Lage sichert, gleich als sei ihm der Status nicht bestritten worden, so wird er des Besitzes nicht ganz entsetzt, sondern in demselben durch Zulassung des Gegners nur beschränkt („etiam adversarius in possessionem mittitur“), damit er, volljährig geworden, noch immer die Caution leisten, und sich dadurch die Verklagtenrolle gewinnen könne. Der Mitbesitz des Gegners vertritt also die Sicherstellung durch Bürgen,

[1]) L. 4. de Carb. ed.
[2]) Vergl. Löhr a. a. O. S. 458.
[3]) L. 5. §. 1. de Carb. ed.

wie Paullus ſich ausdrückt [1]). Dagegen wird dem Pupillen die Adminiſtration, welche ihm in den oben (§. 4.) bezeichneten Grenzen die Caution verſchafft haben würde, entzogen und an den Gegner, die nöthige Bürgſchaft wieder vorausgeſetzt, übertragen. Verweigert auch dieſer Caution zu leiſten, ſo büßt er gleichfalls nur die Adminiſtration, nicht den Beſitz ein; der Beſitz bleibt beiden gemeinſam, wird aber mit der Adminiſtration einem Curator aufgetragen, der ihn dem Sieger zu reſtituiren hat [2]). Doch haben die Parteien nach eingetretener Pubertät mit Beginn des Erbſchaftsproceſſes nochmals Gelegenheit, die Parteirollen in gewöhnlicher Weiſe zu ordnen. Der volle und ausſchließliche Beſitz wird alſo gegen Bürgſchaft zuerſt dem Pupillen, dann deſſen Gegner angeboten. Dies führt Paullus in folgender Stelle aus.

Paullus libro XLI. ad Edictum in l. 6. §. 6. de Carb. ed.

Post pubertatem quaeritur, an actoris partes sustinere debeat, qui ex Carboniano missus est in possessionem? Et responsum est, rei partes eum sustinere debere: maxime si cavit; sed etsi non caverat, si nunc paratus sit cavere, quasi possessor conveniendus est; quodsi nunc non caveat, possessio transfertur, adversario satis offerente, perinde ac si nunc primum ab eo peteretur hereditas.

Da nach dieſer Entſcheidung die bei Ertheilung des Beſitzes vom Pupillen zu leiſtende Caution auch für den zukünftigen Proceß ausreicht, ſo folgt, daß dieſelbe keine andere iſt, als diejenige, durch welche beim Beginne jedes Proceſſes der Beſitzer alle Argliſt abſagt. Steht dies aber feſt, ſo müſſen wir ferner annehmen, daß der Gegner des Pupillen die Anfangs geleiſtete Caution, wenn der Pupill mit erlangter Pubertät keine Bürgen ſtellt, gleichfalls nicht zu erneuern braucht, um ſich die Verklagtenrolle zuzueignen. Der Pupill wird vielmehr nach

1) L. 6. §. 4. eod.: „Haec enim possessio pro satisdatione cedit.“

2) L. 5. §. 5. eod.: „Cum autem in satisdatione et pupillus et adversarius ejus cessant, curator constituendus est, qui bona administret, et quandoque ei, qui vicerit, restituat.“

erfolglos gebliebener Aufforderung zur Satisdation sofort durch ein Interdictum quam Hereditatem aus dem Besitze vertrieben. Der im Anfange gegebene Mitbesitz dagegen wird ohne Zweifel nicht durch dieses Interdict, sondern durch die gewöhnliche Actio in Factum oder das Interdict ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est erlangt [1]).

II. Das Präjudicium. Einleitung desselben.

§. 7.

Dieser Theil des Verfahrens hat seinen Ausgangspunct in der Erklärung der Parteien, daß und worüber sie streiten wollen (Litis Contestation), seinen Endpunct in dem Ausspruche des Richters, durch welchen der erklärte Streit entschieden wird. Zwischen beiden Puncten liegt das Judicium, welches den Parteien Gelegenheit geben soll, unter Leitung des Juder ihre Intention durch Thatsachen zu begründen, und die bestrittenen Thatsachen zu beweisen.

Hiermit ist der Plan für die nachfolgenden Untersuchungen vorgezeichnet. Da wir aber überall das Verfahren in den Vordergrund treten lassen, so wird, was die Verhandlungen in Judicio anbelangt, nicht von der factischen Begründung der Klage, von den Vertheidigungsmitteln, vom Beweise, sondern allein von der Pflicht der Parteien zur Fortsetzung des Verfahrens (Defension) und den die Contumacia treffenden Nachtheilen zu reden sein.

Ich beginne mit der Einleitung des Präjudicium. Diese hat zwei wesentliche Bestandtheile, einen materiellen und einen formellen.

Der formelle besteht in der Einkleidung des Streitpunctes in die Provocatio ad Sacramentum. Es fordert nämlich eine Partei wechselsweise die andere auf, die Sacramentssumme unter der Bedingung zu versprechen, daß ihre (der Gegenpartei) Intention nicht zu Recht bestehe. Da nun das Verhältniß der Parteien zu einander gewöhnlich das ist, daß die eine einen Anspruch erhebt, den die andere einfach bestreitet,

[1]) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 47.

so kann es keinen Zweifel leiden, daß die regelmäßige Form der Provocation die von Valerius Probus mitgetheilte ist: „Quando negas, (etwa: te fundum dare oportere), sacramento quingenario te provoco," und von der andern Seite: „Quando ais, neque negas — similiter ego te sacramento quingenario provoco [1]). Nun gibt es aber Rechte, die absolut wirken, und zugleich eine so ausschließliche Natur haben, daß, wenn das Recht des Einen begründet ist, ein gleiches Recht bei keinem Andern gedacht werden kann. Der Art ist das Eigenthum, das Erbrecht. Bei diesen Rechten hat sich die eigenthümliche Form der Provocation gebildet, daß von jedem Theile der Verlust der Summa Sarcamenti an den mißlungenen Beweis seines Rechtes geknüpft wird. Hierauf beruht die Darstellung, welche Gaius bei der Vindication von Sclaven gibt [2]).

> Deinde, qui prior vindicaverat dicebat: Quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco. Adversarius quoque dicebat: Similiter ego te.

Was den materiellen Bestandtheil des einleitenden Verfahrens anbelangt, so besteht derselbe in der Erklärung der Parteien, daß und worüber sie streiten wollen, bildet also die Voraussetzung der Provocation. Es wird aber ein Zusammenstoßen der Parteien dadurch veranlaßt, daß beide an demselben Gegenstande dasselbe Recht in Anspruch nehmen. Dies ist es daher, was sie vor dem Prätor durch Worte und Symbole erklären. Wäre nun, wie es im spätern Processe geschah, die Vindication gegen den Besitzer des Streitobjects gerichtet worden, so würden die Parteien ihre Absicht zu streiten bei Eigenthum und Erbrecht ebenso wie bei andern Rechten erklärt, der Kläger sein angebliches Recht angesprochen, der Verklagte dasselbe in Abrede gestellt

---

[1]) Diese Formeln finden sich bei Valerius Probus: Q. N. T. S. Q. P. und Q. A. N. N. Man kann hierbei an Varro de L. L. V. 180. (ed. Müller) erinnern: „Ea pecunia, quae in judicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis" etc.

[2]) Gaius IV. 16.

haben. Im ältern Proceſſe dagegen gilt vor Ertheilung der Vindicien kein Theil als Beſitzer der vor Gericht gegenwärtigen und der Verfügung des Prätors anheimgeſtellten Sache. Wie alſo iſt die Erklärung der Streitabſicht anders als in der Art möglich, daß jeder Theil ſelbſt Eigenthümer oder Erbe zu ſein behauptet, und dadurch das Recht des andern an dieſem Gegenſtande läugnet [1]).

Wir ſehen, die Gegenwart des Streitobjects iſt hierbei das eigentlich Entſcheidende. Sie macht ſich eben deshalb auch in der Form geltend, in welcher die Streitabſicht verkündigt wird. Denn erſtens erhebt ſie die Identität des Rechtsobjects ſofort über allen Zweifel; die Parteien deuten mit einem einfachen „hunc“ auf die Sache hin. Sodann iſt ſie nothwendig zur ſymboliſchen Bezeichnung des Rechtes, welches die Parteien geltend machen, indem von jeder mit den Worten: „Ajo hunc hominem meum esse ex jure Quiritium“ eine Lanze als Zeichen des wahren Eigenthums an den ſtreitigen Gegenſtand gelegt wird. Und wie endlich in dem gegenſeitigen Ausſprechen jener Worte der Widerſtreit der behaupteten Rechte ſich kund gibt, ſo ſtellt ſich dieſer bildlich in dem gleichzeitigen Anfaſſen und Anſichreißen des Streitobjectes dar. Hier concentrirt ſich das Weſen des ganzen Actes, weshalb ihn die Römer techniſch mit dem Namen „manum conserere“ bezeichnen. So ſagt Gellius [2]):

> Manum conserere est, de qua re disceptatur, in re praesenti sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare.

Auch den Ausdruck „vindicia“ und „vindicare“ hat man dafür gebraucht, wie beſonders die Fortſetzung dieſer Stelle beweiſt.

> Vindicia, id est correptio manus, in re atque in loco prae-

[1]) Dies iſt es, was Aſconius in den Worten ausdrückt: „Lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re, apud Praetorem, cujus incertum est, quis debeat esse possessor.“ Comm. ad Cic. in Verr. II. 1. 45.

[2]) Gell. N. A. XX. 10. Die von Asverus (Ueber die legis actio sacr. Leipz. 1837) hauptſächlich auf das „manum conserere“ geſtützte Anſicht vom Sacramentum widerlegt ſich ſchon aus der Anwendung dieſer Legis Actio auf perſönliche Klagen.

senti apud Praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: Si qui in jure manum conserunt [1]).

Und ſehr wahrſcheinlich iſt es daher, daß „vindicare“ nichts anders bedeutet, als „vim dicere“ [2]). Bei nicht juriſtiſchen Schriftſtellern findet ſich auch der Ausdruck „manus injectio“ [3]), doch bleibt es zweifelhaft, ob damit jene vor dem Prätor vorzunehmende Handlung bezeichnet werden ſoll, oder das außergerichtliche Ergreifen des Streitgegenſtandes, welches dazu diente, zugleich dieſen vor Gericht zu bringen, und den Beſitzer zur Vertheidigung zu nöthigen. Wenigſtens iſt dies die Art, wie M. Claudius gegen die Virginia verfährt [4]), obſchon ſich allerdings der Kläger auch durch die Actio ad Exhibendum der Gegenwart der Sache verſichern konnte [5]).

So zweckmäßig und einflußreich nun aber die Gegenwart des Streitobjects auf der einen Seite war, ſo unbequem mußte ſie doch nothwendig erſcheinen, ſeitdem die Grenzen des römiſchen Territoriums ſich weithin ausgedehnt hatten, da zu Grundſtücken und andern Gegenſtänden, die nicht wohl vor Gericht geſchafft werden konnten, der Prätor mit den Parteien jedes Mal hingehen mußte. Um dies zu vermeiden, bildete ſich die Sitte, daß nur die Parteien in Gegenwart von Zeugen [6])

---

[1]) So ſagt Gaius IV. 17.: „vindicare in rem praesentem.“ Vgl. auch §. 16.

[2]) Hierauf deutet beſonders Festus s. v. vindiciae (ſ. §. 2. Note 1.), und Gellius l. c. verbis: „quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta.“ Vergl. C. O. Müller im Rh. Muſ. V. 8. 1.

[3]) Vergl. z. B. Ovid. Amores I. 4. v. 40. („Et dicam, mea sunt, injiciamque manus); III. 9. v. 20. („Injiciam dominas in mea jura manus“); in Fast. IV. v. 90. („Quem Venus injecta vindicat alma manu“); Quinctilianus in decl. 359. („translatis manus injicit, et suos dicit“); Augustinus libro I. contra Academicos („Jam tibi profecto injecisset manum, suique juris te esse proclamans, et in bonorum possessionem te transducens“).

[4]) Liv. III. 44. „Virgini venienti in forum minister decemviri manum injecit; serva sua natam (servamque adpellans) esse“. Und ſpäter: „Se jure grassari, non vi. Vocat in jus pueilam.“ cf. §. 13.

[5]) L. 1. §. 3. ad exhibendum. Vgl. l. 13. eod.

[6]) „Superstitibus praesentibus.“ cf. Cic. pro Mur. c. 12. „Superstites“ heißt ſoviel als „testes“. Vgl. Festus h. v. „Superstites testes praesentes

zur Sache gingen, dort den Vindicationsact vornahmen [1]), und zum Prätor zurückgekehrt an einem mitgebrachten Stücke wiederholten. Dieſes Stück nannte man als Repräſentanten der ganzen Sache gleichfalls Vindiciä [2]). Nach den alten Nachrichten, die Gellius [3]) eingezogen, erſchienen die Parteien in einem ſolchen Falle zuerſt vor dem Prätor, forderten ſich zu dem Gange mit feſt beſtimmten Worten auf („ex jure manum consertum vocare"), und wanderten dann wirklich zu dem Streitobjecte hin. In den Zeiten Cicero's aber hatte ſich die Praxis bereits freier geſtaltet. Man ging zum Voraus nach dem Streitobjecte, brachte ein Stück deſſelben mit, und nahm die Aufforderung vor dem Prätor nur zum Scheine vor [4]).

Fortſetzung.

§. 8.

Es bleibt nun noch zu beſtimmen, welche Modificationen das beſchriebene Verfahren durch ſeine Anwendung auf die H. P. und Adſertio in Libertatem erlitten habe.

---

significat. Cujus rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus ii, inter quos controversia est, vindicias sumere jubentur".

[1]) Dies geht nicht nur aus der techniſchen Redeweiſe: „ex jure manum consertum vocare", ſondern auch aus der Erklärung, die Gellius dazu gibt, hervor; er ſagt: „id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret". Cf. Gellius in N. A. XX. 10.

[2]) Cf. Festus s. v. vindiciae: „Vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo snmtae in jus allatae erant."

[3]) Gellius l. c.: „—— institutum est contra XII tabb., tacito consensu, ut litigantes non in jure apud Praetorem manum consercrent, sed ex jure manum consertum vocarent: —— atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliqnid ex eo, uti unam glebam in jus in urbem ad Praetorem deferrent, et in ea gleba tanquam in toto agro vindicarent." Jene Formel findet ſich noch bei Valerius Probus, Cicero ad fam. VII. 13. und Varro de L. L. (VI. 64.).

[4]) Cic. pro Murena c. 12. Nach dieſer Stelle, in der Cicero die Juriſten mit ihren ſubtilen Formen lächerlich zu machen ſucht, verläuft ſich der Act in folgender Wechſelrede. Zuerſt ſprach der Kläger: Fundum, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, ex jure Quiritium meum esse ajo, inde ego te ex jure manum consertum voco. Darauf der Verklagte: Unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco. Nunmehr fiel der Prätor ein: Utrisque, superstitibus praesentibus, istam viam dico: inite viam, und gleich darauf: redite viam.

Bei der Erbschaftsklage kann diese Frage nur in Beziehung auf den Gebrauch der Festuca aufgeworfen werden, welche, da sie ein Symbol des wahren Eigenthums genannt wird [1]), zur Geltendmachung des Erbrechts nicht anwendbar zu sein scheint. Allein dem ältern Rechte fehlt jener feine Begriff von Erbrecht, wie er der classischen Jurisprudenz geläufig war. Noch Seneca nennt es eine unnütze Subtilität, die Erbschaft für etwas Anderes halten zu wollen, als die einzelnen Erbschaftssachen [2]). Die Erbschaft war nichts als ein Complex von Sachen, der als Einheit galt, und als solche ohne Zweifel gleich einer andern Sache vindicirt werden konnte, wie für die Verleihung des Besitzes und die Vertretung des Streitobjects durch Vindicia ausdrücklich bezeugt ist.

Anders dagegen ist es mit der Adsertio in Libertatem. Derjenige, welcher seine Freiheit geltend macht, vereinigt in sich zwei Qualitäten: er ist Gegenstand des Streites und zugleich Partei [3]). In beiden aber vor Gericht auftreten kann er nicht, zumal es noch ungewiß ist, ob er frei oder Sclave sei. Als Partei läßt er sich daher von dem Adsertor vertreten, der als Verwandter ein Recht, ja als Paterfamilias sogar allein ein Recht dazu hat [4]).

Da nun der Adsertor weder in eignem, noch in seines Schützlings Namen Eigenthum verfolgt, so darf er sich der Festuca, die ein Zeichen wahren Eigenthums, und deshalb nur bei der Vindication eines Scla-

---

[1]) Gaius IV. 16: „Festuca autem utebantur, quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur."

[2]) Seneca de benef. VI. 5.: „Jurisconsultorum istae acutae ineptiae, qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea, quae in hereditate sunt, tanquam quidquam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt". Vgl. auch Cic. top. 6., pro Flacco c. 34.

[3]) Daher sagt man: se in libertatem adserere oder vindicare. Cf. Ovid. Amores III. 10.; l. 11. §. ult.; l. 12. de injur.; l. 40. §. 1. de test. mil.; l. 7. C. eod.

[4]) Dies geht aus dem Processe der Virginia hervor, in dem Icilius offenbar als Adsertor nicht auftreten darf.

ven anwendbar ist, unmöglich bedienen. Hierauf weist auf's bestimmteste ein Zusatz hin, den die Vindicanten eines Sclaven der gewöhnlichen Klagformel beifügen. Sie sagen, „Ajo hunc hominem meum esse ex jure Quiritium secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui". Gewöhnlich nimmt man an, „causa" bezeichne den Erwerbsgrund des Eigenthums, und es werde dabei auf Verhandlungen Rücksicht genommen, die der feierlichen Vindication vorausgegangen seien. Allein abgesehen davon, daß von solchen Verhandlungen in der ausführlichen Beschreibung, welche Gaius von dem Vindicationsacte macht, mit keinem Worte die Rede ist, steht mit dieser Auffassung durchaus nicht zu vereinigen, was weiter der Aufforderung zum Sacramentum vorausging. Es fragte der Kläger seinen Gegner, „Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris," und die Antwort lautete, „Jus peregi sicut vindictam imposui." Das Auflegen der Vindicta muß also mit der „causa" des Sclaven in engem Zusammenhange gestanden haben. Und bedenken wir nun, daß sich die Vindicanten mit dem „ecce tibi vindictam imposui" an den Sclaven wenden, ihn gleichsam zum Aufmerken aufmunternd, weil es sich um seine rechtliche Existenz mithandele [1]), so scheint die Annahme unausweichbar, daß „causa" im Allgemeinen die von der Natur des geltend gemachten Rechts unzertrennliche persönliche Qualität dessen bezeichne, welcher Gegenstand der Vindication ist und mit der Lanze berührt wird [2]).

Den Gegensatz zu dem Zustande der Knechtschaft bildet der der Freiheit. Wie also wird derjenige, welcher gegenüber der Vindication

---

[1]) Daß das „tibi" nicht auf den Gegner bezogen werden dürfe, wie Göttling, Gesch. der röm. Staatsverf. S. 137 meint, geht daraus hervor, daß Gaius in derselben Construction so fortfährt: „et simul homini festucam imponebat".

[2]) Göttling a. a. O. nimmt an, das „secundum suam causam" sei soviel als „secundum justam causam", wie man auch suus heres für justus heres sage. Ein Jurist wird dies schwerlich zugeben. — Die oben angenommene Bedeutung ist auch in dem „adjecta causa" der l. 1. §. 2. de R. V. zu unterstellen. Vgl. Puchta: Inst. Bd. II. S. 80. Note l.

des Herrn als Adsertor die Freiheit vertheidigt, dieſe in der Klage zu formuliren haben? Wir beſitzen hierfür einen ſehr beſtimmten Anhaltspunct in der regelmäßig wiederkehrenden Bezeichnung der Adſertion bei den ältern Schriftſtellern, namentlich den Comikern; ſie ſagen dafür „liberali causa manu adserere“ [1]). Darnach geſtaltete ſich das Verfahren wohl folgendermaßen. Zuerſt handelte der Vindicant in gewöhnlicher Weiſe; dann trat der Adſertor (in Libertatem) hinzu, ſprach unter Ergreifung des Zubefreienden, „Ajo hunc hominem liberum esse ex jure Quiritium“ [2]) oder wenn er Paterfamilias zu ſein behauptete, „Ajo hunc hominem filium meum esse ex jure Quiritium“ [3]), und fügte auf die Frage, welches Recht er verfolge, zur weitern Deutung bei, „Liberali causa manum adserui“. Uebrigens kommt der Ausdruck „adserere“ (in servitutem) auch für den Vindicanten vor [4]), und ſcheint mithin ſtatt des ſonſt gebräuchlichen „manum conserere“ nur mit Rückſicht auf das verſchiedene Ziel der Parteien angewandt zu ſein.

Eine Probe dafür, daß die Adſertio wirklich ſo, wie ich ſie beſchrieben, vor ſich ging, würden wir in der Manumiſſio Vindicta haben, wenn unſere Nachrichten über dieſe Form der Freilaſſung weniger zerriſſen wären. Doch hat Unterholzner [5]) einen ſo glücklichen Verſuch gemacht, dieſelben zu einem Ganzen zu vereinigen, daß ich mir nicht verſagen kann, die Puncte der Vergleichung, welche ſeine Reſultate bieten, mit wenig Worten hervorzuheben.

Da nach römiſchen Begriffen das vor dem Prätor vom Verklagten abgelegte Geſtändniß die Wirkung eines Judicates hatte, ſo ließ ſich daſſelbe ſehr bequem als Mittel der Uebertragung von Rechten ge-

[1]) Vgl. Plautus in Poenulo IV. 2. v. 83.; V. 2. v. 4.; in Curcul. V. 3. v. 31.; Terentius in Adelph. II. 1. v. 39. und Donatus ad h. l.

[2]) Den Zuſatz „ex jure Quir.“ mache ich nach Seneca: Nat. quaest. III. in praef.; Cic. pro Caec. 33.

[3]) Vgl. l. 1. §. 2. de R. V.

[4]) Liv. III. 44.; Suetou. in Tiberio, c. 2.

[5]) Zeitſchr. für geſch. R. W. Bd. II. Nro. 5.

brauchen[1]). Dies geſchah bekanntlich bei'm Eigenthume, den Servituten, der Tutela legitima über Frauen, und dem geſetzlichen Erbrechte. In gleicher Weiſe wandte man aber die Confeſſio zum Zwecke der Freilaſſungen an; für den Sclaven trat ein Adſertor (gewöhnlich ein Lictor) auf und behauptete deſſen Freiheit. Der bisherige Herr ſchwieg dazu, und der Prätor erkannte die Freiheit an. Gerade ſo, in dieſen einfachen Formen ſoll nach dem Berichte Hermogenian's zu ſeiner Zeit die Manumiſſio Vindicta geſchehen ſein[2]). Allein er bemerkt zugleich, man ſehe die feierlichen Worte, die früherhin ſtatt der ſtillſchweigenden Einwilligung gebraucht worden, als geſchehen an. Und allerdings iſt es dem natürlichen Laufe der Rechtsentwicklung entſprechend, daß man ſolche Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nachdem die urſprüngliche Bedeutung der Formen verloren iſt, ſoviel als möglich abzukürzen ſucht.

Welche Formen waren es aber, die früherhin bei jener Art der Freilaſſung angewandt wurden?

Zunächſt iſt gewiß, daß die Abſicht, den Sclaven freizulaſſen, ausdrücklich erklärt werden mußte; und dieſe Erklärung iſt uns von Feſtus in der Formel „Hunc ego hominem liberum esse volo“ erhalten. Allein die unmittelbare Erwiderung auf die Adſertion konnte hierin nicht liegen; wir haben zuvor eine andere Handlung zu erwarten, da, wie ſchon der Name der Freilaſſung andeutet, eine Vindicta (d. i. Feſtuca, Lanze) zur Vollführung derſelben erfordert wurde. Da dieſe die römiſchen Juriſten ohne Ausnahme dem Herrn in die Hand legen[3]), ſo muß von ihm eine wahre Vindication

---

[1]) Vgl. J. F. L. van Hasselt: de legis actionibus, p. 24. not. 4.

[2]) L. 23. de manumiss. vindicta: „Manumissio per lictores hodie, domino tacente, expediri solet, et verba solennia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.

[3]) Cf. l. 19. §. 4. de castr. peculio; l. 14. §. 1. de manumiss.; l. 5. de manumiss. vind.; l. 12. §. 2. de liberali causa; l. 2. C. si adv. libert. Wahrſcheinlich haben Nichtjuriſten aus der Berührung mit der Feſtuca einen Backenſtreich gemacht; unter dieſer Vorausſetzung dürfte man noch anführen: Sidonii carmen ad Anthemium v. 545.; Claudiani Consul.

vorgenommen sein, zum Zeichen, daß der Sclav noch nicht frei sei, sondern durch seinen Willen es erst werde. Dann bedurfte es aber eines Mittelgliedes, einer Frage, durch welche der Herr veranlaßt wurde, mit seiner Absicht hervorzutreten; und irre ich nicht, so überliefert diese Cicero[1]) in den Worten: „Sed anne tu dicis causa vindicaveris?“ Nunmehr erklärte der Herr den Sclaven für frei, indem er zugleich die Hand von ihm abließ.

In der That würde, so aufgefaßt, der Act in derselben Weise gegliedert sein, wie nach unserer Annahme die Adsertio in Libertatem.

Wie aber die Adsertion zum Zwecke der Freilassung gedient hat, ganz so ist wieder die vom Paterfamilias vorgenommene Adsertion zum Erwerbe der väterlichen Gewalt benutzt worden. Hierauf beruht die Adoption. Nach der Meinung einiger alten Juristen[2]) sollte man sogar gleich einem in Mancipio Befindlichen auch einen fremden Sclaven adoptiren können. Andere aber hatten dagegen das Bedenken, daß der Sclav dadurch in die Rechte der Freigebornen eindringen würde, und diese Meinung behielt die Oberhand.

Von der Defension.

§. 9.

Ist die eine Partei vom Prätor zum Besitzer gemacht worden, so könnte sich diese zunächst vollkommen beruhigen, sie ist factisch in dem Zustande, den sie ihrem angeblichen Rechte entsprechend findet. Da jedoch das angeordnete Provisorium vielfach beschränkend ist, so hat sie gewiß ein Recht zu verlangen, daß ihre Ansprüche durch richterliche Entscheidung definitiv anerkannt werden. Noch mehr aber ist jedenfalls der andere Theil dabei interessirt, den Proceß zu Ende zu bringen, um einen dem gegenwärtigen Zustande entgegengesetzten herbeizuführen. Schwerlich kann also dem Belieben einer Partei der

---

Honorii, V. 613. Vergl. auch l. ult. C. de emanc., nov. 81. pr.

[1]) Cic. pro Mur. c. 12.

[2]) Gell. N. A. V. 19.

Aufenthalt der Sache gestattet, es muß gegen den Säumigen die Realisirung von Rechtsnachtheilen möglich sein. Wie könnte auch die Einleitung eines Processes gewisse Formen verlangen, wenn nicht für die Parteien eben daraus ein gegenseitiges Recht auf ordnungsmäßige Vertheidigung entstände (post L. C. condemnari oportere)? In der That, sobald über Eigenthum und Erbrecht nicht ohne das Gelöbniß eines Sacramentum gestritten werden darf, muß sich an eben diese Form, soll sie anders rechtliche Bedeutung haben, der Schutz der redlichen Partei gegen die ungehorsame und chicanöse knüpfen.

Und was für Bestimmungen hat zu dem Ende das alte römische Recht getroffen?

Die Verhandlung im Judicium geschah wie heut zu Tage in einzelnen Terminen. Gleich den ersten setzten die Parteien nach angeordnetem Judicium auf den dritten Tag fest[1]); und erschien hier eine derselben nicht, so sprach der Richter, wie es scheint ohne weitern Beweis, zu Gunsten des Anwesenden. Dies ist es, was folgende Bestimmung der zwölf Tafeln anordnet.

Ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam conscito, quum perorant ambo praesentes. post meridiem praesenti stlitem addicito. sol occasus suprema tempestas esto[2]).

Sind beide Parteien zugegen, so mag vor Mittag die Verhandlung beginnen; ist bis zu Mittag nur eine Partei erschienen, so soll dieser das streitige Recht zugesprochen werden; über Sonnenuntergang hinaus ist keine Verhandlung gestattet. Soviel darf als un-

---

[1]) Cf. Gai. IV. 15.: „Postea tamen quam judex datus esset, comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant." Asconius ad Verr. I. 9.: „Quo (sc. judice) dato deinde inter se comperendinum diem ut ad judicem venirent, denuntiabant." Vgl. Festus s. v. res comperendinata; Cic. pro Mur. c. 12.; Gell. N. A. XIV. 2.

[2]) Cf. Auctor ad Herennium II. 13. und Gellius in N. A. XVII. 2. Ueber die Kritik des Textes vgl. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik der Zwölf-Tafel-Fragmente. S. 170—178.

bestritten angesehen werden [1]). Dagegen sind darüber unsere Juristen keineswegs einig, von welchem Richter denn eigentlich die Rede sei, ob von dem Prätor oder dem Juder. Für erstern scheint zu sprechen, daß eine andere Bestimmung der zwölf Tafeln, die mit der obigen im engsten Zusammenhange steht, von den römischen Juristen geradezu auf Versäumnisse angewandt wird, welche in das vorbereitende Verfahren fallen. Das alte Recht kennt nämlich gewisse Entschuldigungen des Ausbleibens, morbus sonticus, status dies cum hoste, und in Beziehung auf diese wird gesagt:

Quid horum fuit unum judici, arbitrove reove, dies diffisus esto [2]).

Da nun Ulpian eben diese Bestimmung auf denjenigen anwendet, welcher durch Cautio Judicio Sisti vor Gericht zu erscheinen verpflichtet ist, jene Caution aber in Bezug auf das Verfahren vor dem Juder nicht vorkommt [3]), so liegt es nicht ferne zu folgern, es habe mit der von den 12 Tafeln ausgesprochenen Strafe der Contumacia eine gleiche Bewandtniß [4]), auch sie beziehe sich nur auf das Verfahren in Jure.

Allein so scheinbar dieses Argument ist, überzeugen kann es doch nicht. Gewiß, wären wir nur an die Worte des Gesetzes gewiesen, Niemanden würde es einfallen, ihnen eine andere Beziehung als auf das Judicium zu geben. Ich will nicht davon reden, daß unter dem neben dem Arbiter genannten Juder doch zunächst wohl eher der vom Magistrate ernannte Richter als der Magistrat selbst zu denken ist: ohne allen Zweifel wird der Ausdruck „reus“ erst dann anwendbar, wenn die Parteien den Streit erklärt haben [5]). Nun fand aber ursprüng-

[1]) Eine andere Auffassung des: „praesenti litem addicito“ findet sich bei einigen ältern Juristen; sie sahen darin die Bestimmung, daß zur Fällung der Sentenz Anwesenheit der Parteien erforderlich sei. Allein diese Ansicht beruht auf einer unrichtigen Lesart bei Gell. XVII. 2. Cf Dirksen a. a. O. S. 184. Unter den Neuern hat Huschke in Annal. litt. p. 196. jene Ansicht beibehalten.

[2]) Gellius in N. A. XX. 1.; Cic. de off. I. 12.; Festus s. v. reus. Vergl. Dirksen a. a. O., S. 191.

[3]) Asconius, l. c.

[4]) Ulp. in l. 2. §. 3. si quis cautionibus.

[5]) Festus s. v. reus; s. v. litem contestari.

lich, ehe die Lex Pinaria zwiſchen die Streiterklärung und die Ernennung des Judex eine 30tägige Friſt einſchob[1]), in Jure nur ein Termin Statt, welcher außergerichtlich durch die Parteien eingeleitet wurde. Steht dies feſt, ſo muß die Anwendung jener Excuſationen auf die Cautio Judicio ſiſti als eine analoge betrachtet werden, wie Ulpian ſelbſt durch die Weiſe andeutet, in welcher er ſich auf die zwölf Taſeln beruft. Nachdem er die erwähnte Entſcheidung gegeben, fährt er ſo fort:

Et ideo etiam Lex XII tabb., si judex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impediatur, jubet diem judicii esse diffisum.

Weit entfernt alſo, ſeine Meinung aus den zwölf Taſeln abzuleiten, bedient er ſich dieſer nur, um ihr durch eine ſo gewichtige Auctorität größern Nachdruck zu geben.

Werden wir aber ſchon durch das, was für die bisher betrachtete Anſicht angeführt werden mag, zu der Annahme getrieben, daß die zwölf Taſeln in der uns vorliegenden Stelle von dem Judicium handeln, ſo enthält hierfür dieſe Stelle ſelbſt noch ſchlagendere Beweiſe. Der Prätor hatte ſein Tribunal auf dem Comitium, die Judices ſaßen gewöhnlich auf dem eigentlichen Forum. Wir haben alſo die Parteien mitten zwiſchen beiden zu denken; jetzt iſt ihnen nochmals der Weg der Güte nahe gelegt; kommt eine Einigung nicht zu Stande, ſo geben ſie dem Judex zunächſt einen kurzen Umriß des Streitverhältniſſes, und laſſen dann eine ausführliche Begründung ihrer Intention folgen (peroratio). Ganz ſo aber beſchreiben das Verfahren vor dem Judex Gaius und Aſconius[2]); ſie erwähnen namentlich der Peroratio, und wenn ſchon ſie ſtatt der von dem Rich-

---

[1]) Gai. IV. 15. — — „ad judicem venirent. postea vero reversis dabatur **** (post diem) XXX judex: idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem ******* (confestim) dabatur judex.“ Vgl. Asconius (l.c.): „namque cum in rem aliquam agerent litigatores, et poena se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimam diem. Vgl. auch Cic. in Verr. II. 2. 15.

[2]) Gaius l. c.; Asconius l. c.

ter ausgehenden Feſtſtellung der Thatſachen [causam conscito][1]) einer kurzen Darlegung des Streitverhältniſſes durch die Parteien (causae conjectio, quasi causae suae in breve coactio) erwähnen, ſo gebraucht doch auch der Auctor ad Herennium da, wo er unſere Stelle der zwölf Tafeln referirt, den Ausdruck „causam conjicere“, ſo daß wenigſtens der Zuſammenhang beider Ausdrücke keinem Zweifel unterliegt.

Hiernach halte ich es für unbedenklich, dieſer Anſicht zu folgen[2]).

Aber mit dem erſten Termine, an welchen die zwölf Tafeln ihre Beſtimmungen zunächſt anknüpfen, iſt das Verfahren in Judicio nicht immer zu Ende; es konnte vorkommen, daß ein weiterer Termin zur Verhandlung nothwendig wurde. Wir haben eines Falles der Art bereits Erwähnung gethan: iſt eine Partei oder der Richter aus einem guten Grunde abweſend, ſo iſt ohne Weiteres der Termin hinausgeſchoben. Blieb der Richter ohne rechten Grund aus, ſo trafen ihn wahrſcheinlich Geldſtrafen[3]); die unentſchuldigte Verſäumniß einer Partei hatte für ſie den Verluſt der Sache zur Folge. Unentſchuldigt aber war die Verſäumniß ſchon dann, wenn Niemand erſchien, der die Entſchuldigungsgründe vorſtellte, wie ich daraus ſchließe, daß in Abweſenheit der Partei Andere aufzutreten pflegten, welche die Gründe der

---

[1]) So iſt bei Gellius l. c. zu leſen, da die Lesart „causam conjiciunto“ nicht ſo ſtark bezeugt iſt. Das „causam conscito“ iſt auf den Richter zu beziehen und bedeutet „discito ab utraque parte.“ Vergl. Huschke l. c. p. 106. Ueber den techniſchen Ausdruck „causam conjicere“ vergleiche noch Gell. V. 10., Afranius apud Nonium (Causam conjicere apud te volo. ambon' adestis. profuturos arbitror); und Paullus in l. 1. de R. J. Bei Gaius zeigen die Schedulä: „causae collectio.“

[2]) In Jure galt der Indefenſus pro Damnato. Es wurde nicht erſt eine Verurtheilung ausgeſprochen.

[3]) Ein directes Zeugniß iſt mir nicht bekannt; doch ſpricht dafür nicht nur der Zwang, der gegen einen compromiſſariſchen Richter ausgeübt wird, ſondern insbeſondere auch die Geldſtrafe, welche gegen den in einem Criminalgerichte nicht erſchienenen Juder verhängt wird. Vergl. l. 32. §. 12. de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant; Cic. pro Cluentio c. 37. („Uno judicio multa ab eo petita sicut ab Junio, quod non suae decuriae munere, neque ex lege sedisset“).

Abweſenheit darlegten, offenbar in der Abſicht, um einen drohenden Nachtheil abzuwenden[1]). In der That ſcheint dies auch ganz angemeſſen, wenn man bedenkt, daß der Tag des Gerichtes zum Voraus beſtimmt war, ein guter Hausvater alſo Sorge tragen konnte, von eintretenden Verhinderungen dem Richter Nachricht zu geben, obſchon die Verleihung des Aufſchubs von der Willkühr des Richters nicht abhing[2]). Natürlich bedurfte es keiner Entſchuldigungen, wenn beide Parteien ausblieben. — Wie nun wird in dieſen Fällen das in's Stocken gerathene Verfahren wieder flüſſig gemacht? Offenbar kann es nicht einer Partei geſtattet ſein, einſeitig vom Richter das Urtheil zu erwirken; ſie müſſen beide Gehör, oder doch Gelegenheit zum Gehöre erhalten[3]). Zu dem Ende ſcheint eine außergerichtliche Aufforderung (denunciatio) zu einem andern Termine Statt gefunden, und die Partei, welche an dieſem ausblieb, wie im erſten für ungehorſam gegolten zu haben. Beſtimmteres wird ſich darüber für die ſpätere Zeit nachweiſen laſſen.

Sehr viel häufiger mag es jedoch vorgekommen ſein, daß Parteien und Richter anweſend waren, aber die Verhandlungen nicht zu Ende kamen. Bald nahmen die Wechſelreden der Parteien einen weitern Termin in Anſpruch[4]), bald wurde wegen neuer Beweis-

[1]) Papinianus in l. 31. §. 2. de neg. gestis: „Litem in judicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae ejus allegans judici: culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta ipse non provocavit.“ Hier ſind die Entſchuldigungsgründe als ungenügend verworfen worden, und deshalb im Proceſſe fortgefahren. Andere Fälle, in denen Entſchuldigungsgründe vorgebracht werden, um die nachtheiligen Folgen der Abweſenheit abzuwenden, finden ſich bei Gellius XI. 1. („M. Terentio quando citatus neque respondit neque excusatus est, ego ei unum ovem multam dico“); idem XVI. 4. („Miles, quum die, qui praedictus est, aberat, neque excusatus erat, infrequens dabatur); Livius XXXVIII. 52. („Ubi dies venit, citarique absens est coeptus, L. Scipio morbum causae esse cur abesset excusabat“); Cicero, Phil. I. 5. („Qui cum mihi mos notus esset, eumque de via languerem, et mihimet displicerem, misi pro amicitia, qui hoc ei diceret“).

[2]) L. 60. de re judicata.

[3]) L. 47. pr. eod.; Paulli R. S. V. 5. §. 6.; l. 1. §. 3. quae sent. sine appell.; l. 7. C. quomodo et quando.

[4]) Cic. pro Tullio §. 6. (ed. Huschke); pro Caec. c. 4.; pro Flacco c. 20.

mittel um Aufſchub gebeten[1]), bald hielt der Richter wegen der Urtheilsfällung eine Bedenkzeit für erforderlich[2]). Alsdann wurde durch den Richter der Termin hinausgeſchoben (diem differre, diffindi jubere), und nach ſeinem Belieben ſofort ein neuer anberaumt.

Das Urtheil.

§. 10.

Nach einer Reihe von Beiſpielen dürfen wir annehmen, daß der Gegenſtand der richterlichen Sentenz formell die Entſcheidung der Frage war, welche Partei mit Recht, welche mit Unrecht das Sacramentum geleiſtet, oder, was daſſelbe iſt, zur Leiſtung des Sacramentum aufgefordert habe. So ſagt Cicero in der Rede für den Milo c. 27.:

„qui non calumnia litium non injustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos —— petebat“,

im erſten Buche de Oratore c. 10.:

„agerent tecum lege Pythagorei omnes, vindicarentque, quibuscum tibi justo sacramento contendere non liceret“,

ſowie beſtimmter in der Rede pro Domo ſua c. 29.:

„si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent“,

und für den Cäcina c. 33.:

„non posse sacramentum nostrum justum judicari“,

ſodann Arnobius im vierten Buche adverſus Gentes (S. 81. ed. Elmenh.):

„Quis arbiter tantis cervicibus erit, qui inter personas ejusmodi aut vindicias justas dare, aut sacramenta conetur non justa pronuntiare.“

---

[1]) L. 7. u. l. 10. de feriis et dilat. | [2]) Gellius V. 10. i. f.; XIV. 2.

Iſt damit aber behauptet, daß der Richter ausdrücklich für die eine und gegen die andere Partei habe erkennen müſſen? Gewiß iſt dies ſchon deshalb nicht anzunehmen, weil es ja vorkommen konnte, daß weder die eine noch die andere Eigenthum oder Erbrecht hatte; und ſollte hier das Sacramentum beider für ungerecht erklärt, d. h. der Streit factiſch unentſchieden gelaſſen werden? In der That war durch die Verleihung des Beſitzes zugleich der Beweis in der Art regulirt, daß zunächſt derjenige, welcher eine Veränderung des durch den Prätor begründeten Zuſtandes herbeizuführen wünſchte, den Beweis ſeines Rechtes führen, und wenn er damit nicht durchdrang, als unterlegen gelten mußte. Zwar mußte es in einem ſolchen Falle dem Beſitzer freigeſtellt ſein, ſein Recht zu beweiſen, und dadurch deſſen Anerkennung zu erhalten. Lag aber ein bloß negatives Reſultat vor, ſo wurde ohne Zweifel auch nur das Sacramentum des Nichtbeſitzers für ungerecht erklärt.

Wie man aber hierüber auch denken mag, jedenfalls wurde durch das Urtheil über das Sacramentum zugleich über das Recht der Parteien geurtheilt; und dies iſt der materielle Inhalt der Sentenz, die, inſofern ſie nicht auf Verurtheilung, ſondern auf einfache Anerkennung des ſtreitigen Rechtes ging, ein wahres Präjudicium genannt werden konnte. Hierauf macht auch Gaius aufmerkſam, wenn er im Gegenſatze zu der im Formularproceſſe gangbaren Sitte, wonach bei allen Klagen eine Verurtheilung in Geld erfordert wurde, für die alte Zeit die Richtung des Urtheils auf den urſprünglichen Gegenſtand des Rechts als allgemeine Regel aufſtellt.

Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

III. Die Verbindlichkeit aus dem Judicate.

§. 11.

Wenn die richterliche Entscheidung zu Gunsten dessen ausfiel, welchem der Prätor die Vindicien gegeben, so war die Sache zu Ende; es war durch jene anticipirte Execution der nachfolgenden vorgebeugt. Hier wirkte der Spruch ganz so, wie bei persönlichen Klagen die Absolution. Wir haben also nur den andern Fall zu betrachten, wenn die Vindicien an denjenigen gegeben waren, dessen Sacramentum für ungerecht erklärt worden ist, oder wie man auch sagen kann, dessen Vindicien ungerecht sind[1]).

Ein solches Judicat nun mußte offenbar die Verbindlichkeit zur Restitution des Streitgegenstandes nebst allen Accessionen erzeugen, und damit die Frage anregen, wie dieselbe geltend zu machen sei. Unsern heutigen Vorstellungen von der Bedeutung richterlicher Gewalt würde es entsprechen, wenn im Falle der Weigerung des Besitzers der Prätor dem unter seiner Auctorität erlassenen Urtheile vermittelst der Lictoren Nachdruck verliehen hätte: ist dieses auch die Ansicht des alten römischen Rechts? Man hat sich gerade hierüber selten ausgelassen, bei einer andern Gelegenheit aber Ansichten aufgestellt, die auch auf den vorliegenden Anwendung haben, und mitunter wirklich angewandt worden sind, bei der Frage nämlich, ob der bei arbiträren Klagen der Condemnation vorausgehende Restitutionsbefehl zur Zeit der classischen Jurisprudenz natürlich habe vollstreckt werden können[2]).

Was den hier zu betrachtenden Proceß durch Legis Actiones anbelangt, so halte ich folgenden Grund für allein und völlig entscheidend. Durch die richterliche Anerkennung des Eigenthums ist der durch Sacramentum eingeleitete Proceß zu Ende; sollte also die

---

[1]) Cic. pro Mil. c. 27.

[2]) So z. B. Bethmann-Hollweg: Handbuch Bd. I. S. 319. vergl. mit S. 302.

Thätigkeit des Prätors von Neuem angespannt, und zu gewaltsamer Rückerstattung des Besitzes veranlaßt werden, so würde dazu eine eigene Legis Actio erfordert worden sein, und nach dieser sucht man vergebens; von den fünf uns bekannten ist keine im Stande, die Bitte um natürliche Execution des gefällten Spruches in sich aufzunehmen.

In der That war also der einzige dem Sieger offen stehende Weg, um unmittelbar zu seinem Ziele zu gelangen, der, daß er sich auf eigene Hand und nöthigenfalls mit Gewalt in den Besitz der ihm zugesprochenen Sache zu setzen suchte. Unter die Leges de Vi fiel er dadurch nicht: denn offenbar wird nicht ohne Vorbedacht das Unrechtmäßige der Selbsthülfe gerade darin gesetzt, daß sich der Gewaltthäter „sine judicis auctoritate", „sine ullo judice", „non exspectata judiciorum ordine" in den Besitz seiner Sachen gesetzt hat[1]). Besonders bemerkenswerth ist in dieser Beziehung die Ausdrucksweise einer Constitution von Valentinian, Theodos und Arcadius[2]), wo es heißt:

Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum — — ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, etc.

Zudem war es ja gar nicht ungewöhnlich, daß man sich bei'm Verkaufe insbesondere von Sclaven die Manus Injectio unter gewissen Bedingungen vorbehielt, was offenbar beweist, daß man in ihrem Erfassen eine rechtswidrige Gewaltthat keineswegs wahrnahm. Und in der That ist uns eine Hinweisung auf diese Sitte der Privatexecution in folgender Stelle Papinians erhalten.

Papinianus libro XII respons. in l. 36. de liber. causa.
Dominus, qui optinuit, si velit servum suum abducere, litis aestimationem pro eo accipere non cogetur.

---

[1]) L. 7. und l. 8. ad legem Juliam de vi privata; l. 10. C. unde vi.

[2]) L. 7. C. unde vi.

Ja wenn unsere Annahme, das alte Recht lasse eine Naturalexecution nicht zu, die richtige ist, finde ich einen innern Grund dafür, daß der Sieger sich an die Sache selbst habe halten dürfen, schon in der Art und Weise, wie die Prädes Litis Vindiciarum verpflichtet waren, welche nach Obigem nur für den Dolus des Besitzers, für dolose Verletzung, Vernichtung, Veräußerung, nicht aber für dessen Contumacia einstanden.

Indirecte Zwangsmittel dagegen standen dem Sieger allerdings zu Gebote, vor Allem das Juramentum in Litem, durch welches er den Werth des Streitgegenstandes ohne irgend eine Beschränkung in Geld anschlagen durfte. Die Furcht vor diesem Nachtheile wird meist den Besitzer bestimmt haben, in Gutem die Sache herauszugeben; läßt er es aber wirklich auf den Eid ankommen, so nimmt nunmehr das Verfahren folgende Gestalt an.

Die zur Schätzung führende Legis Actio ist wie überall, wo Verhältnisse von mehr factischer Natur zur Aburtheilung kommen, die Judicis Postulatio, der Proceß kein Judicium, sondern ein Arbitrium[1]), welches, da es in vorliegendem Falle auf ein Judicat gegründet ist, die Eigenthümlichkeit haben muß, daß bei seiner Einleitung vom Verklagten eine Cautio Judicatum solvi geleistet wird. Ich sehe diesen Punct als einen der einflußreichsten für die weitere Entwickelung des Vindicationsprocesses an, und erlaube mir daher, bei seiner Feststellung etwas länger zu verweilen.

Ein ausdrückliches Zeugniß für die behauptete Pflicht des Verklagten, eine Cautio Jud. solvi zu leisten, besitzen wir nicht, wohl aber eine so große Zahl von Analogien, daß wir sie zum höchsten Grade der Wahrscheinlichkeit zu bringen im Stande sind. Der Gegenstand dieses Beweises aber wird, da jenes Arbitrium auf einem Judicate beruht, eben nur die Darlegung eines durchgehenden Zu-

[1]) Cf. Cic. pro Cluentio c. 41.; | Gaius IV. 165.

ſammenhangs zwiſchen dem Judicate und der Leiſtung einer ſolchen Caution zu ſein brauchen.

In einem Falle nun iſt dieſer Zuſammenhang ſehr bekannt und unbeſtritten, für die Actio Judicati und Actio Depenſi, obwohl ſich letztere Klage auf ein gegen einen Andern als den Verklagten gegebenes Judicat ſtützt[1]). Weniger auf der Hand liegt er in einigen Fällen, welche dem Criminalproceſſe angehören. Man hat in neuerer Zeit anzuerkennen angefangen, daß wie zur Zeit des Königthums von den Königen, ſo ſpäterhin von den Magiſtraten die Criminaljurisdiction ohne Mitwirkung des Volkes ausgeübt worden, daß ſie aber mit dem Aufkommen der Provocationen nur dem Scheine nach in ihren Händen geblieben, thatſächlich vielmehr an das Volk übergegangen ſei[2]). So iſt es namentlich dem Rechte der Volkstribunen und Volksädilen zur Verhängung von Geldſtrafen ergangen[3]). Die Multä Irrogatio dieſer Magiſtrate erſchien daher in ſpäterer Zeit dem Volke gegenüber nur noch als eine Accuſation, für den Angeklagten dagegen war ſie fortwährend ein wirkliches Urtheil, und die Folge davon, daß er ſofort wegen Leiſtung der Strafe Prädes (a praestando)[4]) ſtellen mußte. Dies beweiſt unter Anderm der Proceß des L. Scipio nach der aus alten Annalen geſchöpften Erzählung des Gellius[5]), während nach der Darſtellung des Valerius Antias, dem Livius[6]) folgt, die Bürgſchaftsſtellung allerdings eine andere Bedeutung hatte. Hiernach iſt zur Unterſuchung des Peculats, welches man dem Scipio vorwarf, vom Senate ein Prätor ernannt worden: dieſer unterſucht und verurtheilt (auch in Geld) und fordert nun erſt Bürgen. Gellius dagegen erzählt ſo:

---

[1]) Gai. IV. 25. und 102.

[2]) Geib: Geſchichte des röm. Criminalproceſſes S. 26.

[3]) Geib a. a. O. S. 29. und 159.

[4]) Varro de L. L. IV. 4. Hierauf bezieht es ſich auch, wenn Ausonius: Technopaegn. V. v. 100. den „praes“ mit der „lis nummaria“ in Verbindung ſetzt.

[5]) Gell. VII. 19.

[6]) Liv. XXXVIII. 60.

L. Scipioni Asiatico P. Scipionis Africani superioris fratri C. Minucius Augurinus tribunus plebei multam irrogavit: eumque ob eam causam praedes poscebat.

Um Vieles näher liegt uns ein anderer Fall. Wenn Jemand wegen Repetunden angeſchuldigt iſt, ſo ſoll nach den uns erhaltenen Bruchſtücken von Leges Repetundarum zuerſt über das Verbrechen ſelbſt geurtheilt, dann Bürgſchaft geleiſtet und nunmehr von demſelben Richtercollegium das Streitobject geſchätzt werden[1]), wovon Cicero's Rede für den C. Rabirius Poſtumus eine Anwendung enthält. Werden keine Bürgen geſtellt, ſo wird der Quäſtor Aerarii in die Güter des Angeklagten eingeſetzt, und die Schätzung unterbleibt[2]).

Es führt uns aber dieſe Analogie in das Gebiet des Civilproceſſes zurück. Bekanntlich wurde bei arbiträren Klagen nicht ſofort auf Geld, ſondern vorerſt auf Reſtitution der eingeklagten Sachen geſprochen; konnte dieſe in der gewöhnlichen Friſt nicht bewirkt werden, ſo leiſtete der Verklagte Bürgſchaft und wurde abſolvirt[3]). Wir können hier füglich die Frage bei Seite laſſen, ob auch der Reſtitutionsbefehl wirklich eine Sentenz geweſen ſei: genug, daß das Mißtrauen gegen den Verklagten, deſſen Verbindlichkeit gerichtlich anerkannt iſt, einen Aufſchub der Zahlung nur dann duldet, wenn Dritte für ihn einſtehen. Ebenſo bei der Confeſſio in Jure. Wird Jemand belangt und geſteht ſeine Verbindlichkeit ſofort bei dem Prätor ein, ſo wird ihm eine Zahlungsfriſt gegeben, vorausgeſetzt, daß er gehö-

[1]) Vgl. Dirkſen: Beiträge zur Kunde des R. R. Abh. 3. S. 202 — 210. Lex Servilia c. XVIII. ed. Klenze; Cic. pro Cluent. c. 41. Dirkſen ſowohl als Bach (Diss. de jure praediatorio §. 7.) verwechſeln, wie mir ſcheint, die im Texte auseinander gehaltenen Fälle der Multae Dictio und der Litis Aeſtimatio.

[2]) Hierin führte die Lex Julia Repetundarum eine Aenderung ein; eine Schätzung ſoll noch eintreten, jedoch nur um aus der Vergleichung des vorgefundenen Vermögens mit der Condemnationsſumme die Nothwendigkeit eines Angriffs derer zu beſtimmen, die durch das Verbrechen bereichert ſind (quo ea res pervenit).

[3]) Cf. §. 2. und 3. I. de off. jud.; l. 21. i. f.; l. 27. §. 4. de R.V.; l. 16. pr. de H. P.; l. 13. §. 5. de pign.; l. 12. §. 5. ad exhib.; l. 4. §. 7. de doli mali excep.; l. 47. §. 2. de leg. I.

rige Bürgschaft leistet „cum competenti cautela“, wie Ulpian sagt, oder wie die Basiliken übersetzen, „ἀξιοπίστως ἀσφαλιζομένῳ“ [1]). Wendet man dies auf dingliche Klagen an und bedenkt, daß die Verweigerung der Restitution seitens des Besitzers, der seines Gegners Eigenthum anerkannt, nach einer Oratio Marc Aurel's die Litis Aestimatio zur Folge hat [2]), so wird man zugeben müssen, daß sich eine beinahe vollständige Uebereinstimmung mit denjenigen Verhältnissen herausstellt, von deren Betrachtung wir ausgegangen sind.

Sollte hiermit, wie ich nicht zweifle, die allgemeine Gültigkeit der oben aufgestellten Regel und namentlich deren Anwendung auf das dem siegreichen Vindicanten zu gewährende Arbitrium festgestellt worden sein, so entsteht noch die Frage, durch welche Mittel die Leistung der Cautio Jud. solvi nöthigenfalls habe erzwungen werden können? — Eine große Auswahl steht dem Vindicanten nicht offen; er hat, um die Hartnäckigkeit des Verklagten zu brechen, wie überall, wo die Uebernahme der Vertheidigung verweigert wird, in der That nur eines, die Manus Injectio.

So wären wir also zu einem Resultate gelangt, welchem vom practischen Gesichtspuncte aus schwerlich ein gegründetes Bedenken entgegengehalten werden kann; wir haben den Proceß in Formen, die dem römischen Rechte ganz und gar geläufig sind, auf eine für den Sieger völlig befriedigende Weise zu Ende geführt. Allein aus historischen Gründen halte ich doch, wenigstens in Beziehung auf die ältere Zeit, eine Modification für nothwendig. Es gehört nämlich, wie nach mehrfachen Zeugnissen anzunehmen ist, die Cautio Jud. solvi dem frühern Rechte nicht an; die Bürgen, durch welche sie erbracht wird, sind an die Stelle des alten Vinder getreten, der in Privatrechtsstreitigkeiten die nachtheiligen Folgen des Judicats vom

---

[1]) L. 21. de jud. Basil. VII. 5. 21.

[2]) L. 6. §. 2. de confessis. Im alten Rechte, so lange die Gegenwart des Streitobjects verlangt wurde, konnte dies nicht vorkommen.

Verurtheilten dadurch abwandte, daß er ſtatt ſeiner in die Schuld eintrat, mit dem Rechte, einen jeden gegründeten Einwand gegen das Judicat vorzubringen, aber zugleich mit der Verpflichtung, in eigner Perſon aus demſelben zu haften. Wahrſcheinlich hat dieſer Uebergang ſo ſtattgefunden. Urſprünglich mußte der Vindex durch die Größe ſeines Vermögens dem Gläubiger genügende Sicherheit gewähren; als aber in ſpäterer Zeit, wegen Ausdehnung des Staates, eine genaue Schätzung des Vermögens der Bürger nicht wohl mehr möglich war, bildete ſich der Grundſatz, daß als tüchtiger Vertheidiger Niemand ohne Bürgſchaft angeſehen werden könne. Nunmehr ließ man den Verklagten auch da, wo früher ein Vindex für ihn aufgetreten war, ſelbſt handeln, legte ihm aber unter Beſeitigung des Vindex die Verpflichtung auf, dem Kläger durch Bürgen Sicherheit zu gewähren.

Nach dieſer Betrachtung aber kann es nur der Vindex, nicht der Beſitzer ſein, welcher zum Zwecke der Schätzung ein Arbitrium de Re reſtituenda erbittet; er bittet darum, um in des Beſitzers Verbindlichkeit eintreten zu können, da er wohl für Geld, nicht aber für die von einem Andern zu bewirkende Reſtitution einzuſtehen im Stande iſt. Und welchen Nachtheil ſoll nun der Vindex abwenden? beſteht dieſer, wie wenn das Urtheil auf Geld lautet, in der mittelſt der Manus Injectio herbeigeführten Addictio?

Ich trage kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen, d. h. zu behaupten, daß jenes perſönliche Executionsmittel des alten Rechts bei allen Urtheilen anwendbar war, welche unmittelbar die Verpflichtung zu einer Leiſtung involvirten. Zwar kann man für die Beſchränkung deſſelben auf Verurtheilungen in Geld einige Beiſpiele der Manus Injectio und Addictio anführen, die allerdings auf dieſer Grundlage beruhen[1]); ſollte aber in der That dadurch die Ausſchließlichkeit der-

[1]) Vgl. Zimmern R. G. Bd. III. S. 126. Note 12. und die daſelbſt Angeführten.

ſelben bewieſen werden können? Mit mehr Schein ließe ſich die Analogie der Confeſſio in Jure benutzen, die in ihren Wirkungen dem Judicate gleichgeſtellt, die Manus Injectio doch nur dann zur Folge hatte, wenn ſie auf Geld gerichtet war. Allein wenn ſchon im Principe die Wirkung beider dieſelbe iſt, ſo muß doch die Verſchiedenheit der Stellung, welche ſie im Proceſſe einnehmen, thatſächlich einen Unterſchied herbeiführen. Und nun iſt klar, daß ein Geſtändniß über dingliche Rechte die Wirkung eines Judicates haben konnte, und wie die ſchon in den zwölf Tafeln anerkannte Ceſſio in Jure beweiſt[1]), wirklich hatte, ohne eine Execution zu bedürfen, weil die Gegenwart des Streitobjects deſſen ſofortige Ueberlieferung möglich machte[2]). Nicht ohne Vorbedacht haben daher die zwölf Tafeln neben dem „aes confessum“ die „res jure judicatae“ als Vorausſetzungen der Manus Injectio bezeichnet, wenn ſie ſagen:

Aeris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. post deinde manus injectio esto[3]).

In der That, es iſt nicht abzuſehen, wie ein ſo beſtimmtes Zeugniß mit einigem Scheine der Wahrheit umgangen werden kann. Iſt alſo oben, um jeder Meinung zu genügen, als nächſte Folge des Judicates die Bitte um ein Arbitrium, und als das Mittel, durch welches man wo möglich die Contumacia des Beſitzers zu brechen ſuchte, das Juramentum in Litem bezeichnet worden, ſo wird nunmehr anerkannt werden müſſen, daß urſprünglich „wegen des Ungehorſams des Beſitzers gegen das Urtheil die Manus Injectio eintrat, welche als indirectes Zwangsmittel wirkſam genug war, auch den hartnäckigſten Starrſinn zu überwinden“[4]), daß es aber allerdings unter dem Vorgeben, der Streitgegenſtand exiſtire nicht mehr, oder ſei bereits reſtituirt, jedem Dritten geſtattet war, als Vinder um ein

[1]) Fr. Vat. §. 50.

[2]) Wirklich nahm der Erwerber mit dem Ausſprechen der ſolennen Worte die Sache ſofort an ſich („rem tenens ita dicit“). Gai. II. 24.

[3]) Gell. N. A. XX. 1.

[4]) Bethmann-Hollweg Handbuch Bd. I. S. 302.

Arbitrium zu bitten, durch welches er entweder Absolution oder Verurtheilung in die Litis Aestimatio erwirkte [1]).

Zweites Capitel.

Vom Verfahren per Sponsionem.

Einleitung.

§. 12.

Gegen das Ende der Republik hat in Eigenthums- und Erbschaftsstreitigkeiten ein neues Verfahren neben dem alten Platz gewonnen. Statt zum Sacramentum fordern sich die Parteien zu einer Sponsion auf, durch welche eine bestimmte Summe Geldes unter der Bedingung versprochen wird, daß sich die Behauptung des streitigen Rechts vor dem Richter nicht rechtfertigen würde. Unwahrscheinlich ist es, daß durch Gesetz diese neue Einleitungsform angeordnet sei; es fragt sich also, welcher Vortheil zu ihrer allmähligen Einführung den Anlaß geboten habe.

Es gibt nicht wenige Puncte in der Geschichte des römischen Rechts, deren ursprüngliche Bedeutung sich bereits dem Auge der römischen Juristen entzogen hatte. Um so viel weniger scheinen wir im Stande, ohne die lebensvolle Anschauung, die jenen zu Gebote stand, aus einer höchst fragmentarischen Kenntniß der römischen Staatsalterthümer sichere Nachweisungen über Dinge zu geben, von welchen wir durch zwei Jahrtausende geschieden sind. Wenn dennoch ein Versuch

[1]) Existirte das Streitobject nicht mehr, so trat immer Absolution ein, selbst dann, wenn sie durch einen Dolus des Besitzers untergegangen war; denn es handelte sich jetzt nur um Restitution, welche die restituendi facultas nothwendig voraussetzt. Allerdings entstand aber aus dem Dolus ein selbstständiger Anspruch. Nur wenn nach dem Judicate, also nach eingetretener Mora der Untergang eingetreten war, bewirkte er die Lossprechung nicht.

der Art gemacht wird, so kann er allein in der Voraussetzung seine Rechtfertigung finden, daß die Römer mehr eine antiquarische als historische Kenntniß des alten Rechts suchten, und darum den Sinn mancher Thatsachen verkannten, in die einzudringen dem Streben unserer Zeit nach Herstellung organischer Verbindungen nicht ganz versagt sein wird. Aus diesem Gesichtspuncte mag die folgende Darstellung betrachtet werden.

Man hat neuerdings die Einführung der auf Geldforderungen anwendbaren Condictio besonders daraus erklärt, daß die Aufhebung des Creditirens durch Nexum das Bedürfniß neuer Contractsformen (der Stipulation, des Einschreibens in die Hausbücher, des Darlehns durch einfaches Hingeben) erzeugt habe, welche durch die Lex Silia klagbar gemacht und jener neuen Legis Actio zugewiesen worden seien[1]). Das Eigenthümliche dieses Verfahrens bestand aber ohne Zweifel darin, daß wie zufolge der Lex Pinaria die Parteien nach geschehener Provocatio ad Sacramentum sich anmahnten, am 30sten Tage zur Wahl eines Judex wieder vor dem Prätor zu erscheinen[2]), so bei den neuen und freiern Contractsformen ohne Sacramentum die Streitabsicht erklärt, und jene Anmahnung ausgesprochen wurde. Daher der Name „condictio", gleichbedeutend mit „denunciatio"[3]). — Später dehnte eine Lex Calpurnia dies neue Verfahren auf das Creditiren anderer Gegenstände aus, auf Fälle, in denen früherhin wahrscheinlich gleichfalls nur „per aes et libram" Klagbarkeit erzeugt worden war. — Darf man Gaius, der freilich den Grund der neuen Legis Actio nicht zu wissen bekennt, glauben, so hatte sich der Kläger in den Fällen, in welchen späterhin condicirt wurde, vordem entweder des Sacramentum

---

[1]) Dies ist die Ansicht Puchta's, Inst. Bd. II. S. 84.

[2]) Ich halte dies, wie schon bemerkt, für den Sinn des unvollständigen Gai. IV. 15. Von den Richtern spricht Gaius nicht, sondern vom Verfahren; deshalb scheint mir die Erwähnung der Decemviri, wie sie Hefftter vermuthet, höchst zweifelhaft.

[3]) Gai. IV. 18.

oder der Judicis Postulatio bedient, jenes ohne Zweifel, wenn auf Geld [1]), dieser, wenn auf eine sonstige Sache geklagt wurde.

Von der Condictio ausgehend, gab aber eine weitere Veränderung des Verfahrens den Anstoß zu einer Bewegung, in deren Verlauf der Bau des römischen Rechts eine gänzliche Erneuerung erfuhr. Die Lex Aebutia schaffte, wahrscheinlich zunächst bei jenen Klagen, die solennen Worte ab, und setzte eine freie Darlegung der Streitabsicht an ihre Stelle; dagegen sollte der Streitpunct vom Prätor zur Instruction des Juder in eine Urkunde (formula) gefaßt werden, damit diese von nun an die früherhin zugezogenen Zeugen vertrete. Eine Maaßregel, die so unscheinbar in ihrem Auftreten, als bedeutend in ihren Folgen gewesen ist. Denn indem man die Parteien von dem knechtischen Hersagen der Wortformeln befreite, legte man mehr oder weniger die Ertheilung der Klagen in die Hand des Prätors, der nunmehr veranlaßt war, nicht nur die hergebrachten in ihrer neuen Form im Edicte zu verzeichnen, sondern auch völlig neue Klagen da zu verleihen, wo das Civilrecht Lücken gelassen hatte.

Gaius und ebenso Gellius [2]) knüpfen daher in ihrem Berichte über diese Veränderung an die Einführung des Formularprocesses den Untergang des alten Verfahrens durch Legis Actiones, scheinbar in der Weise, als ob dieses geradezu durch die Lex Aebutia abgeschafft worden sei. Allein, daß das Wesen jener Aenderung darin nicht bestanden habe, bezeugen sie durch die Beifügung von Ausnahmen, welche ihre ursprüngliche Behauptung nicht bloß beschränken, sondern völlig zu nichte machen. Wenn sie sagen, daß, um eine Sache vor die Centumvirn zu bringen, man nach wie vor in alter Weise verfahren

---

[1]) Hierfür sprechen zwei Gründe: einmal, daß die „sponsio tertiae partis" ein Ersatz des Sacramentum zu sein scheint, sodann, daß bei Geldforderungen nichts als die Rechtsfrage zu entscheiden war. Bei Forderungen, welche auf andere Gegenstände gerichtet sind, verhält sich beides anders. Hier war eine Aestimatio nothwendig, und jene Sponsio kam nicht vor. Vergl. Zimmern: R. G. Bd. III. S. 119. N. 14.

[2]) Gai. IV. 30.; Gell. N. A. XVI. 10.

müſſe, ſo ſetzen ſie offenbar zwei Fälle einander gegenüber, den einen, wo der Prätor dem Colleg der Centumvirn ſelbſt präſidirte, und deshalb eine Inſtruction nicht zu geben brauchte, den andern, wo Einzelrichter entſchieden, mithin eine Inſtruction durch die Formel an ihrer Stelle war. Aber auch für dieſen Fall ſoll nur die Möglichkeit einer Formel behauptet werden. Daß ſie nach der Lex Aebutia wirklich überall da, wo Einzelrichter vorkamen, ertheilt worden ſei, läßt ſich aufs beſtimmteſte widerlegen. Denn neben den Centumviralſachen macht Gaius[1]) die Klagen wegen ungeſchehenen Schadens als Rechtsſachen namhaft, welche durch Legis Actiones, d. i. nicht durch Formeln eingeleitet würden. Und Cicero[2]) thut einmal, um zu zeigen, wie nothwendig dem Redner genaue Rechtskenntniß ſei, den Ausſpruch, unmöglich könne derjenige eine Erbtheilungsſache betreiben, welcher nicht wiſſe, „quibus verbis erctum cieri oporteat“, — zum Beweiſe, daß noch zu ſeiner Zeit ein Theil der Arbitria, vielleicht alle, mit ſolennen Worten eingeleitet ſeien. In der That ſchreibt denn auch Gaius mehreren Geſetzen jene große Veränderung zu, der Lex Aebutia und den Leges Juliä. Ich knüpfe hieran folgende Vermuthung über die Ausbildung des neuen Verfahrens.

Bereits oben nannte ich es wahrſcheinlich, daß ſich die Neuerungen der Lex Aebutia zunächſt auf das Verfahren per Condictionem beſchränkten. Hierfür ſpricht nicht nur die Fortdauer des Namens „Condictio“ in dem neuen Klagſyſteme, als Bezeichnung der Klagen, welche früher durch Anſage eingeleitet wurden, ſondern insbeſondere die Bemerkung des Gaius, daß nach dem Muſter der Legis Actio per Condictionem keine Klagformel gegeben werde, indem man überall, wo es ſich um die Forderung einer beſtimmten Geldſumme oder Sache handele, ohne die Condiction (wie andere Legis Actionen) fingiren zu müſſen, auf das Geben jenes Gegenſtandes klagen könne. Dies

[1]) Gai. IV. 31.: „Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumvirale judicium sit.

[2]) Cic. de orat. I. 56. Auch gehört die Formel bei Cic. de off. III. 17. „Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudа-

beweiſt, daß hier nicht auf Umwegen, ſondern auf einem durch das Geſetz gebotenen Wege die Formel zu erlangen war. — Bald jedoch fing man an, die Formeln in weitern Kreiſen anzuwenden, wozu ſich am eheſten bei Einführung von Actiones in Factum und Interdicten Gelegenheit bot, weil hier der Prätor ganz freie Hand hatte, und das Bedürfniß einer Inſtruction am fühlbarſten war[1]). Dann aber wandten die Leges Juliä das neue Verfahren allgemein auf die Arbitria an, wie daraus hervorgeht, daß, während zu Cicero's Zeit daſſelbe für die Arbitria die Regel noch nicht bildete, Gaius eine Reihe ſolcher Klagen, ohne ſie erſchöpfen zu wollen, aufzählt, und bemerkt, ſie bedürften gleichfalls keiner Fiction, beſtünden wie die Condictionen „sua vi ac potestate“[2]).

Es erregten aber die Vorzüge des Formularproceſſes das Streben, ihm auch in Beziehung auf diejenigen Klagen Eingang zu verſchaffen, welche noch unter der Herrſchaft der übrig gebliebenen Legis Actiones ſtanden. Dazu boten ſich zwei Wege. Entweder gab der Prätor „ad fictionem“ der eigentlich anwendbaren Legis Actio eine Formel, wie nach des Gaius Berichte namentlich bei den durch Pignoris Capio zu verfolgenden Anſprüchen[3]); oder die Parteien ſchloſſen eine Sponſion, d. h. verſprachen ſich (einſeitig oder gegenſeitig) eine Summe Geldes unter der Bedingung, daß ihre Intention nicht zu Recht beſtehen würde, was wie anzunehmen ſchon vor Einführung der Formeln häufig geſchehen ſein mag. Hier wurde der Form nach über die aus der Sponſion entſtehende Verbindlichkeit geſtritten, in der That aber über die ihr zu Grunde liegende Bedingung, bald ſo, daß die Sponſionsſumme von dem Beſiegten als Strafe wirklich zu entrichten war, bald in der Art, daß ſie ſchon ihrem Betrage nach gar nicht in Betracht kam.

---

tusve siem“ ohne Zweifel dem alten Proceſſe an, wie ſchon aus der Anrede gefolgert werden darf.

[1]) Dahin gehören die in und vor Cicero's Zeit fallenden neuen Judicia: die actio de dolo, die actio quod metus causa. Vergl. Cic. de nat. Deor. III. 30., de off. III. 14., in Verr. II. 3. 65.

[2]) Gai. IV. 33.

[3]) Gai. IV. 32. Dazu vergl. Cic. in Verr. II. 3. 11., wo ſich noch ein Beiſpiel der Pignoris Capio findet.

Und wer betrieb nun die Einleitung des Proceſſes in dieſer Form? Waren die Parteien über Abſchließung der Sponſion freiwillig übereingekommen, ſo lag darin überhaupt nichts Auffallendes; wir finden eine Menge von Beiſpielen, in denen man dieſe Form wählte, um über Dinge eine Entſcheidung herbeizuführen, welche eine privatrechtliche Natur gar nicht hatten[1]). Konnte aber auch der Prätor auf eignen Antrieb oder einſeitige Bitte Rechtsnachtheile androhen, um die Leiſtung der Sponſion und damit ein bequemeres Verfahren zu erzwingen? Wir werden mehrere Fälle zu unterſcheiden haben. Da wo nach dem herkömmlichen Verfahren der Prätor ſelbſt zu cognoſciren hatte, ſtand es vollkommen in ſeiner Macht, die Parteien zu einer Sponſion zu nöthigen, um die gründlichere Unterſuchung des Rechtsverhältniſſes einem Juder zuweiſen zu können. So war es bei Ertheilung der Vindicien, wenn es ſich fragte, ob die im prätoriſchen Edicte aufgeſtellten Vorausſetzungen in der Perſon der einen oder andern Partei vorhanden ſeien. Ebenſo wenn Jemand Aufhebung der vom Prätor kurzer Hand gegebenen Miſſio in Bona unter dem Vorgeben verlangte, es habe an den geſetzlichen Bedingungen derſelben gefehlt. Die Nachtheile verweigerter Uebernahme der Defenſion beſtimmten ſich hier nach dem urſprünglichen Verfahren. Im Interdictsproceſſe gab der Prätor ſofort dem Gegner den Beſitz, wenn der zur Sponſion Aufgeforderte ſie zu leiſten ſich weigerte; und bei der Miſſio in Bona war der Immittirte mit Zurückziehung des prätoriſchen Decretes bedroht. Was dagegen Streitigkeiten anbelangt, für welche das Civilrecht eine Legis Actio gab, ſo ſcheint mir ein Zwang zur Leiſtung der Sponſion, wenigſtens bei Proceſſen über dingliche Rechte, dem Character der prätoriſchen Jurisdiction ſehr wenig angemeſſen. Hier

---

[1]) Vergl. Liv. XXXIX. 43.; XL. 46.; Cic. in Verr. III. 57. 59. 62.; in Pison. c. 23.; de off. III. 19.; Plauti Rud. III. 4. v. 7.; V. ult. v. 24.; Val. Max. II. 8. 2.; VI. 1. 10.; VII. 2. 4.; Gell. N. A. VII. 11. XIV. 2. Petron. Satyr. c. 70. extr. — Cf. Brissonius de form. jur. V. 7.; Heffter: Obss. ad Gaii comm. IV. c. 17. n. 4.; Keller: Semestria I. p. 7. n. 5.

konnte zwar ein Zwang durch Uebertragung des Beſitzes ausgeübt werden, aber vom Kläger mußte doch der Antrag dazu ausgehen, und wer ſollte vor Verleihung der Vindicien rechtlich als ſolcher angeſehen werden[1])? Nur war die Sponſion außerhalb Rom's in Ermangelung der Legis Actionen ohne Zweifel von früher Zeit her[2]) die allein zuläſſige, ſowie in Rom ſelbſt zu Cicero's Zeit jedenfalls die beliebteſte und gangbarſte Form. Ja in Fällen offenbarer Chicane mag der Prätor den Widerſpenſtigen zur Leiſtung der Sponſion auch wohl gezwungen haben, namentlich wenn der Gegenſtand ſo unbedeutend war, daß die Weitläufigkeit einer Verhandlung vor dem zahlreichen und angeſehenen Gerichtshofe der Centumvirn nicht angewandt ſchien.

Unter Kaiſer Auguſtus iſt jedoch nach einer beinahe allgemein angenommenen Meinung eine Veränderung mit dem Centumviralgerichte vorgenommen, darauf berechnet, ihm einen größeren Einfluß auf die Entſcheidung der Rechtsſtreitigkeiten zu ſichern[3]). Und Bethmann-Hollweg hat die Vermuthung aufgeſtellt, daß man ſich dazu der Feſtſetzung einer Werthſumme bedient habe, über die hinaus nur das Centumviralgericht competent ſein ſollte. Ich halte dies ſchon darum für ſehr wahrſcheinlich, weil, wie Gaius bemerkt, die Sacramentsſumme nach einer Lex, deren Namen unleſerlich iſt, immer 125 Seſterze (gleich 500 Aß) betrug, mithin Gegenſtände geringen Werthes, namentlich unter 1000 Aß gar nicht mehr durch die Legis Actio per Sacramentum einzuklagen, und eben ſo wenig vor die Centumvirn zu

---

[1]) Daß das Verfahren per Sponſionem auf einer Uebereinkunft der Parteien beruhte, geht auch aus der „deductio quae moribus fit“ hervor, wie unten gezeigt werden wird.

[2]) Vergl. Cic. in Verr. II. 1. 45., verbis: „Ita de hereditate certaret. Hoc opinor jure et majores nostri et nos semper usi sumus.“ Ferner c. 46.: „Ex edicto urbano. Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet,“ woraus jedoch nicht geſchloſſen werden darf, daß dem Edicte des Prätor Urbanus dieſe Beſtimmung wirklich entlehnt ſei; aus dem Folgenden geht hervor, daß Verres ſich mit den für die Provinz nöthigen Modificationen an das ſtädtiſche Edict nur anſchließen wollte. Endlich vergl. Lex Rubria c. 22.

[3]) Dial. de caus. corr. eloqu. c. 38. Vergl. Bethmann-Hollweg in der Zeitſchr. f. geſch. R. W. Bd. V. S. 383.

bringen waren. Auch würde sich sehr wohl damit vereinigen, daß in der Kaiserzeit die Beschäftigung der Centumvirn vorwiegend den Erbschaftsprocessen zugewandt war[1]). Denn war jene Summe nur etwas hoch angesetzt, so ist wohl denkbar, wie dieselbe sehr häufig von dem Werthe der Erbschaften und nur höchst selten von dem Werthe sonstiger Gegenstände erreicht wurde. Geringer als 15000 Sesterze kann sie aber nicht wohl gewesen sein, da dies die Summe ist, bis zu welcher nach der Lex Rubria die Munizipalmagistrate urtheilen sollten. Ja es ist vielleicht nicht allzu gewagt, sie geradezu auf 100,000 Sesterze anzuschlagen. Freilich haben zu Cicero's Zeit die Paläste und Villen der Großen einen unendlich viel höhern Werth. Ein Preis von mehreren Millionen ist nichts Ungewöhnliches[2]). Aber wie selten sind doch auch die Eigenthumsprocesse über bewohnte Häuser, die sich aus der Detention der Herrn nicht leicht verlieren. Dagegen wird der Werth einzelner Jugera einmal zu 11,500 Sesterzen angeschlagen[3]). Ein Pferd von außerordentlicher Schönheit kauft Cn. Cornelius Dolabella (Consul 672) um 100,000 Sesterze[4]). Und die Sclaven kommen häufig bei römischen Juristen zu einem Preise von 20 Aurei, d. i. 20000 Sesterzen vor[5]). Schon damals also, als unter August jene Competenzbestimmung getroffen wurde, mußte man fühlen, daß es sich, jene Summe vorausgesetzt, hauptsächlich um Vermögensganze handle. Gerade bezüglich dieser aber bot sich der Census von 100,000 Sesterzen von mehreren Seiten her als Uebergang von Armuth zu Reichthum dar. So war es diese Summe, welche als der späteste Census der ersten Classe auch der Lex Voconia zu Grunde lag, und in Beziehung hierauf von Asconius als Maßstab des Reichthums

---

[1]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 376 fg.

[2]) Man sehe z. B. Cic. ad Att. I. 13. 14.; IV. 2.; ad famil. V. 6.; Plin. H. N. IX. 55.; XXXVI. 15.; XVII. 1.; Val. Max. IX. 1. 4.; Varro de R. R. III. ult.; Macrob. Saturn. II. 11.

[3]) Cic. ad Att. XIII. 31. Vergl. auch Liv. XLV. 15.

[4]) Gell. III. 16.

[5]) Cuj. Obss. XIX. 31.

bezeichnet wird[1]). Derſelbe Cenſus war Bedingung für die Aufnahme in die Senate der Municipien[2]), wovon wir vielleicht eine Spur in der Beſtimmung haben, daß wer ſich einen ungeſetzlichen Einfluß auf die Wahl der Municipalmagiſtrate zu Schulden kommen läßt, eine Strafe von 100 Aurei, d. i. von 100,000 Seſterzen zahlen ſoll[3]). Ferner ſicherte die Lex Papia den Patronen an dem Vermögen reicherer Liberten („locupletiores liberti"), ſofern dieſe nicht drei Kinder beſitzen, eine Virilportion zu; und wiederum wird hier der Reichthum durch ein Vermögen von mehr als 100,000 Seſterzen beſtimmt[4]). Wir haben aber gerade für die proceſſualiſche Bedeutung dieſer Summe ein ſehr merkwürdiges Zeugniß. Gaius nämlich erwähnt in ſeiner Darſtellung der Vadimonia, daß dieſe in zwiefacher Weiſe beſchränkt ſeien: nicht über die Hälfte des Streitgegenſtandes ſollten ſie betragen, und nicht für mehr als 100,000 Seſterze geleiſtet werden. Beträgt alſo der Streitgegenſtand weniger als 100,000 Seſterze, ſo verſprechen die Bürgen die Hälfte, beläuft er ſich höher, ſo verſprechen ſie nicht mehr als 50,000 Seſterze.

Nec tamen (pluris quam partis dimidiae, nec) pluribus quam C milibus fit vadimonium. itaque si centum milium res erit, nec iudicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium[5]).

Zwar iſt dieſe Stelle gerade in dem hier einſchlagenden Theile durch Einſchiebung der eingeklammerten Worte von Huſchke reſtaurirt[6]). Allein wir beſitzen eine Pandectenſtelle, welche inſofern die

---

[1]) Asconius ad Cic. in Verr. II. 1. 41. („ne quis census, hoc est pecuniosus"). Böckh: Metrolog. Unterſuchungen S. 430 fg. (und ihm folgt Bachofen: die Lex Voconia S. 28.) weiſt nach, daß der Cenſus der Lex Voconia der der erſten Claſſe geweſen, und als ſolcher anfangs 100000, dann 125000, endlich 250000 Aß (d. i. 100000 Seſterz) betragen habe. Dies erklärt die verſchiedenen Summen, welche bei der Lex Voconia genannt werden.

[2]) Plinius: Epist. I. 19.

[3]) L. 1. §. 1. de lege Julia ambitus.

[4]) §. 2. I. de bonis libert.; Gaj. III. 42.

[5]) Gaius IV. 186.

[6]) Huſchke: Studien d. R. R. S. 336.

verſuchte Ergänzung beſtätigt, als ſie beweiſt, daß in dem zweiten Satze keine Verwechſelung der Zahlen Statt gefunden hat, wie wohl behauptet worden iſt [1]).

Julianus libro II. Dig. in l. 3. §. ult. de eo, per quem factum erit. Si a fidejussore quinquaginta stipulatus fuero, si in judicium reus non venerit, petiturus a reo centum, et dolo malo Sempronii factum fuerit, ne in judicium reus veniat, centum a Sempronio consequar.

Daß es eine Summe gebe, über welche die Bürgen bei der Cautio Judicio ſiſti nicht hinauszugehen brauchen, hat ſchon Cujacius bemerkt [2]).

Freilich wird durch alles dies nur entfernt die Wahrſcheinlichkeit dargethan, daß auch die Competenz der Centumviralgerichte auf jene Unterſcheidung gegründet ſei. Aber es fehlt in der That doch nicht an einem näher eingehenden Beweiſe. Setzen wir nämlich einmal voraus, daß es bei Gegenſtänden über 100,000 Seſterzen nicht im Belieben der Parteien geſtanden habe, durch Sponſion den Proceß vor einen Einzelrichter zu bringen, ſo mußte der Prätor der auf Sponſion geſtützten Formel eine Präſcriptio Präjudicii beifügen, etwa in der Form: „ea res agatur, quae C sestertiis major non est.“ Und fand nun der Richter, daß der Gegenſtand einen größern Werth habe, ſo wies er die Klage zurück. Gerade von einem ſolchen Präjudicium redet aber Paullus mit Beziehung auf die H. P. in einer oben mitgetheilten höchſt dunkeln Stelle [3]). Das hier vorkommende Präjudicium, „quo quaeritur, an ea res, de qua agitur, major sit C sestertiis“ verſteht Schulting [4]) von der bei der Erbſchaft Freigelaſſener vorkommenden Unterſuchung über deren Größe, welche die Anſprüche des Patrons beſtimmte. Da hier aber ſchwerlich eine Präſcription gegeben

---

[1]) Heffter ad Gaii comm. quartum p. LXXIII.

[2]) Cuj. in Obss. X. 10. (tom. III.)

[3]) Paulli R. S. V. 9. §. 1.

[4]) Schulting ad Paull. l. c.

wurde, weil die Kenntniß des einschlagenden Gesetzes bei dem Richter vorauszusetzen war, und daher die Frage nach dem Betrage der Erbschaft in der nach dem Erbrechte des Patrons aufging, so stehe ich nicht an, die Beziehung auf das Centumviralgericht für natürlicher und befriedigender zu halten.

Hiernach wäre das Resultat dieses. Vor August beruhte in Rom die Wahl des Verfahrens auf freier Uebereinkunft der Parteien; nach August waren bedeutendere Gegenstände dem Centumviralgerichte, und damit dem alten Verfahren vorbehalten, während geringere Sachen nun wohl immer durch eine Sponsion eingeleitet wurden.

Von den Eigenthümlichkeiten des Verfahrens per Sponsionem.

§. 13.

Ich gehe nunmehr zu den Eigenthümlichkeiten des neuen Verfahrens über, will jedoch gleich hier bemerken, daß nur diejenigen Puncte eine besondere Ausführung finden werden, in denen eine Abweichung vom alten Verfahren hervortritt.

I. Was nun zuerst die Verleihung der Vindicien anbelangt, welche dem Processe die nothwendige factische Grundlage gab, so darf man fragen, ob dieselbe in diesem Verfahren wirklich fortbestanden habe, da Gellius[1]), wenigstens für seine Zeit, die Anwendung der „manus consertae“ ausdrücklich auf die Vindication per Legis Actionem beschränkt[2]). Für die Bejahung streitet Folgendes.

Erstens sind die „manus consertae“ mit der Ertheilung der Vindicien keineswegs identisch, wie ich oben glaube dargethan zu haben. Zwar findet ein Zusammenhang zwischen beiden Statt, insofern durch Erfassung des Streitobjects jede Partei den Besitz für sich in Anspruch nimmt. Aber ohne Zweifel kann die Ertheilung des Besitzes auch ohne jene symbolische Behauptung desselben gedacht werden.

---

[1]) Gell. N. A. X. 20.

[2]) Fabricius a. a. O. S. 155. bestreitet dies mit Berufung auf die angeführte Stelle des Gellius.

Sodann macht Cicero dem Verres im weitern Verlaufe einer bereits oben (S. 75. Note 2.) benutzten Stelle einen Hauptvorwurf daraus, daß er in seinem Edicte die Verpflichtung zur Sponsionsleistung einfach an den Besitz geknüpft habe, ohne der Frage Raum zu lassen, wer denn Besitzer sein müsse.

Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet. Jam quid ad Praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione: si possessor non esset, non dares.

Ein letzter Grund wird unten ausführlicher betrachtet werden. Er liegt in einer Nachricht der classischen Juristen über das Verfahren per Formulam petitoriam, wonach es diesem eigenthümlich sein soll, daß der Judex untersucht, ob der Verklagte besitze [1]). Als Gegensatz ergibt sich, daß bei den übrigen Einleitungsformen es Sache des Prätors war, über den Besitz zum Voraus eine Verfügung zu treffen.

Nur in einem Puncte ist allerdings mit der Ertheilung der Vindicien eine Veränderung vorgegangen. In dem alten, durch die zwölf Tafeln eingeführten Verfahren haftet der Besitzer für dolose Handlungen nicht zufolge eines besondern Versprechens, sondern unmittelbar aus gesetzlicher Bestimmung. Er leistet daher selbst kein Versprechen ab, sondern läßt zur Sicherung des Gegners nur die Bürgen (praedes) ein solches leisten. Da das neue Verfahren auf künstlicher Anwendung von Formen beruht, welche dem Vindicationsprocesse ursprünglich fremd sind, so muß auch wegen Abwendung des Dolus künstlich Vorsorge getroffen werden. Der Besitzer leistet unter Zuziehung von Bürgen eine Stipulation, welche jene gesetzlichen Verbindlichkeiten und namentlich die Pflicht zum doppelten Ersatze der Früchte in sich aufnimmt. Man nennt diese Stipulation „stipulatio pro praede litis

[1]) Cf. l. 36. pr.; l. 9. pr. de R. V.

vindiciarum.“ Nachdem über das Eigenthum entschieden ist, wird dem Sieger aus ihr eine „actio ex stipulatu“ gegeben [1]).

Hatte man es nun schon früherhin nicht für unangemessen erachtet, daß der Prätor, statt in eigner Person die Vindicien zu ertheilen, nur die allgemeinen Grundsätze aufstellte, nach denen er zu verfahren gedachte, die Anwendung derselben auf den vorliegenden Fall aber einem Juder überließ, so konnte daran bei einem viel freiern Verfahren noch weniger Anstoß genommen werden.

Fortsetzung.

(Das Präjudicium.)

§. 14.

II. Das Präjudicium ist eigentlich der Theil des Verfahrens, welcher allein wesentliche Veränderungen erlitten hat. Jedoch sind auch diese dem Sinne der Römer für althergebrachte Formen gemäß von der Art, daß sie, indem sie sich auf das Nothwendige beschränken, eine Erinnerung an den ursprünglichen Zustand in sich tragen.

Um zuerst von der auf Feststellung des Streitpunctes gerichteten Einleitung des Präjudicium zu reden, so lag der formelle Bestandtheil derselben in einer Sponsion, durch welche der Besitzer eine beliebige Summe — Gaius nennt beispielsweise die Summe von 25 Aß [2]) — unter der Bedingung versprach, daß der Gegner Eigen-

[1]) So faßt die stipulatio pro praede litis vindiciarum schon Unterholzner in der Krit. Zeitschr. für R. W. Bd. IV. S. 231. auf.

[2]) Gaius IV. 93.: „Per sponsionem vero hoc modo agimus. provocamus adversarium tali sponsione: Si homo, quo de agitur, ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dare oportere. qua formula ita demum vincimus, si probaverimus, rem nostram esse.“ Für die Nothwendigkeit einer Uebereinstimmung zwischen der hier und der in §. 95. angegebenen Summe sehe ich keinen Grund. Die in der letztern Stelle angegebenen CXXV HS sind die Summa Sacramenti, welche wir bei der Sponsion keineswegs zu erwarten haben. A. M. Unterholzner (Conjecturae de suppl. lacunis, quae in Gaii comm. IV occurrunt,

thümer des Streitobjects sein würde. Hätte man sich in diesem Puncte streng an das alte Verfahren angeschlossen, so würde die Sponsion von beiden Theilen geleistet worden sein, wie es in der That im Interdictsprocesse geschah; da aber die Sponsionssumme keine Strafe für den Unterliegenden sein sollte, und deshalb gar nicht eingefordert wurde, so war eine Vereinfachung dadurch zu bewirken, daß man die Leistung der Sponsion der Vindicienertheilung nachfolgen ließ und nunmehr dem zum Besitzer Bestimmten allein abverlangte. Jene Umsetzung nun beweist eine Stelle Cicero's aus der zweiten Rede gegen den Verres[1]):

Si quis testamento se heredem esse arbitrarctur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut cum pro praede litis vindiciarum satis accepisset, sponsionem faceret.

und daß nur von einer Seite die Sponsion geleistet worden sei, bemerkt Gaius[2]) mit Rücksicht auf die rein präjudicielle Natur derselben:

Non tamen haec summa sponsionis exigitur, nec enim poenalis est, sed praejudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur. unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur.

Man könnte glauben, hiermit sei zugleich eine der hervorstechendsten Eigenthümlichkeiten des frühern Processes aufgegeben, die durchgängige Zweiseitigkeit der einleitenden Parteihandlungen. Allein wenn gleich ein bedeutender Schritt zur Einseitigkeit des spätern Verfahrens durch jene Aenderung geschehen war, so ist doch, so lange die Ertheilung der Vindicien fortdauert, ein gegenseitiges Behaupten von Eigenthum (oder Erbrecht), ein „vindicare“ und „contravindicare“, schon deshalb nothwendig, weil darin die Bitte um Verleihung des Besitzes enthalten ist. Dasselbe muß also fortwährend

---

p. 26.), welcher in §. 95. die Summe von 25 Sest., und Puchta (Inst. Bd. II. S. 137.), welcher in §. 93. die Summe von 125 Sest. substituirt.

[1]) Cic. in Verr. II. 1. 45.

[2]) Gaius IV. 94.

der ganzen Verhandlung vorausgegangen sein, obwohl es nicht mehr mit den alten feierlichen Formeln und Symbolen, sondern wie es der Formularproceß mit sich bringt, in freier ungebundener Weise geschah. Die „vis festucaria“, die „manus consertae“ sind verschwunden. Nur die Gegenwart des Streitgegenstandes, die bei jenem Scheinkampfe eine so wesentliche Rolle spielte, hat sich erhalten; sie ist nicht nur wegen Ertheilung der Vindicien erforderlich (und hierin liegt der Beweis für ihre Fortdauer), sondern dient zugleich wie früher als natürlichste Bezeichnung des streitigen Objects. Wie aber steht es mit unbeweglichen Sachen, deren Gegenwart schon längst nicht mehr verlangt worden war? Hier stoßen wir auf ein Institut, welches erst neuerlich seine richtige Würdigung erhalten hat, die „deductio, quae moribus fit“.

Ich habe oben beiläufig bemerkt, daß man sich der Gegenwart des Streitobjects sowohl durch die Actio ad Exhibendum, als durch das gewaltsame Ergreifen desselben, welches den Besitzer nöthigte, hervorzutreten und die Vertheidigung zu übernehmen, habe versichern können. Ich denke dieses so. Derjenige, welcher nicht besaß, ergriff den Streitgegenstand, lud jedoch, um nicht als Störer des öffentlichen Friedens zu erscheinen, den Besitzer ein, mit ihm vor Gericht zu erscheinen. So beschwichtigte M. Claudius, als er Hand an die Virginia gelegt, die aufgeregte Menge mit der Erklärung „se jure grassari, non vi“, und forderte sofort die Jungfrau vor Gericht[1]). War der Besitzer nicht sogleich mitzugehen im Stande, so sicherte er den Gegner durch Vadimonium. Grundstücke nun konnten von den Parteien nicht mit vor den Prätor genommen werden. Hier zeigte der Besitzer seine Bereitwilligkeit, dem Rufe zu folgen, einfach dadurch, daß er den eingedrungenen Vindicanten vom Grundstücke weg vor den Prätor führte, um dem Streite einen ordnungsmäßigen Verlauf zu geben. Der Deducirende

[1]) Liv. III. 44.

war alſo der geladene Beſitzer, der nöthigenfalls Vadimonium leiſtete, der Deducirte der Kläger, ohne daß daraus eine Conſequenz für die Parteirollen während des Proceſſes gezogen werden dürfte. Nachdem das „ex jure manum consertum vocare“ als ein reeller Act abgekommen war, wurden ohne Zweifel bei Gelegenheit der Deductio auch die Vindiciä mitgenommen, um ſie nachher, wenn der Prätor ſein „inite viam“ ſprach, ſogleich zur Hand zu haben.

Dieſes Verfahren nun iſt es, welches mit geringen Modificationen in den Sponſionsproceß übergegangen iſt, und gerade hier unter dem Namen „deductio“ als eine auf der Sitte beruhende Einleitungshandlung vorkommt. Wenigſtens iſt es höchſt wahrſcheinlich, daß die in zwei Reden Cicero's, in der Rede pro Cäcina und in der pro Tullio [1]) erwähnte Deductio zu einer Sponſion überzuleiten beſtimmt war, da zu ſeiner Zeit die eine Legis Actio vorausſetzenden Centumviralgerichte in ſo großer Mißachtung ſtanden, daß weder er ſelbſt, noch einer ſeiner bedeutendern Zeitgenoſſen je vor ihnen redete [2]). Eine Modification aber hat die Handlung dadurch erfahren, daß die Parteien, um das Anſtößige der gewaltſamen Occupation zu vermeiden, unter Beirath ihrer Freunde einen Tag zu verabreden pflegten, an dem ſie ſich bei dem ſtreitigen Grundſtücke treffen, und Gewalt und Deductio in Frieden vornehmen wollten [3]). Nunmehr war der Act ſymboliſcher Natur [4]), er vertrat das „ex jure manum consertum vocare“, und hatte den practiſchen Zweck, die

---

[1]) Cic. pro Caecina c. 1. 7. 8. 10. 11. 12. 32.; pro Tullio c. 20.

[2]) Dial. de caus. corr. eloqu. c. 38.

[3]) Cic. pro Caec. c. 7.: „placuit Caecinae de amicorum sententia constituere, quo die in rem praesentem veniretur, et de fundo Caecina moribus deduceretur. Colloquuntur. Dies ex utriusque commodo sumitur. Caecina cum amicis ad diem venit in castellum Axiam, etc.“ Vergl. c. 11.

[4]) Dies beweiſen insbeſondere folgende Ausdrücke: „moribus vim fieri“ (Cic. pro Caec. c. 1.), „ex conventu vim fieri“ (c. 8. eod.). Als Gegenſatz zu wahrer Gewalt wird die Deductio auch wohl als ein „jus experiri,“ „jus fieri“ bezeichnet. Vergl. c. 11. u. 12.

Identität des Streitobjects durch unmittelbare körperliche Nähe festzustellen [1]).

In neuester Zeit ist von Keller [2]) eine mit der hier versuchten nahe verwandte Erklärung der Deductio aufgestellt worden. Er bezieht dieselbe auf das Verfahren per Sponsionem, und nimmt an, sie habe die alte „festucaria vis" ersetzt und wie diese die Anordnung der Parteirollen zum Ziele gehabt. Nur sei der ganze Act, um dem Prätor eine Geschäftserleichterung zu gewähren, unter den Parteien allein abgemacht, indem diese durch freie Uebereinkunft bestimmt, wer besitzen, wer klagen solle. Sie habe daher niemals dann Anwendung gefunden, wenn der Besitz selbst zweifelhaft gewesen sei.

Ich vermisse an dieser Ansicht nichts, als jene lebendigere historische Beziehung auf den ältern Proceß. Wäre diese von Keller herausgefühlt worden, wahrscheinlich würde er auch das Verhältniß der Deductio zur Ertheilung der Vindicien und den Interdicten anders aufgefaßt haben. Es ist wahr, daß der Deducirende Vadimonium leistete [3]), ja man muß zugeben, daß er gewöhnlich Besitzer war, und Cicero es mit der Behauptung, weil Cäcina nach Uebereinkommen von dem Fundus habe deducirt werden sollen [4]), müsse er doch wohl Besitzer gewesen sein, rein auf Täuschung abgesehen habe [5]). Dennoch weiß ich nicht, wie daraus auf eine Neuerung des Verfahrens, auf ein Wegfallen der Vindicienertheilung zu schließen sei. Glaubt man in der Deductio ein den Prätor bindendes Uebereinkommen über die Parteirollen finden zu können, so steht in der

---

[1]) Damit ist nicht gesagt, daß jetzt nur noch friedliche Deductionen vorgekommen seien; da, wo der Eigenthümer den Besitzer nicht kannte, hatte er, um ihn zur Vertheidigung zu bewegen, noch immer kein anderes Mittel, als die Occupation des streitigen Objects.

[2]) Keller in der Zeitschr. für gesch. R. W., Bd. XI. Nro. 9. und Semestr. II. p. 369.

[3]) Cic. pro Tullio c. 20.: „Dicit deducturum se Tullius, vadimonium Fabio Romam promissurum."

[4]) Cic. pro Caec. c. 32. i. f.: „Ipse porro Caecina cur se moribus deduci volebat"?

[5]) Keller: Semestr. II. p. 373.

That nichts im Wege, der im alten Proceſſe nothwendigen „in jus vocatio“, weil ſie regelmäßig vom Nicht-Beſitzer ausging, gleichfalls einen Verzicht auf die Verklagtenrolle unterzulegen, während doch der Prätor bei Ertheilung der Vindicien nicht gerade beſtimmen wollte, wer Beſitzer ſei, ſondern wer Beſitzer zu ſein verdiene. Und wäre es nicht ſonderbar, daß Cicero auf der einen Seite zugibt, Cäcina habe ſich von Aebutius deduciren laſſen wollen, und doch mit ſolchem Aufwande von Scharfſinn den Beſitz des Cäcina nachzuweiſen ſucht? Nein, gegen dieſen Vorwurf der gröbſten Unkenntniß des geltenden Rechts iſt Cicero durch eine Stelle ſeiner Rede hinlänglich geſichert. Gleich im Beginne derſelben wirft er es dem Aebutius als eine Unverſchämtheit vor, daß er nicht nur vor Gericht erſcheine, ſondern ſogar die gegen ihn erhobenen Anſchuldigungen zugebe; man könne ſich dies (meint er) nur aus der Vorausſetzung erklären, daß bei einer ehrlichen Führung der Sache Cäcina, bei einer ſchamloſen und unregelmäßigen er ſelbſt den Sieg davon tragen werde, gleichwie er, wenn nach alter Sitte die Gewalt geſchehen wäre, in dem Streite über den Beſitz den Beſitz nicht behauptet haben würde („quoniam si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset“), während vor rechtswidriger Gewalt Cäcina mit ſeinen Freunden ſcheu geflohen ſei[1]). Hält man den Ausdruck Cicero's nicht für ganz willkührlich, ſo iſt es unmöglich, ihn anders als von den Vindicien oder den Interdicta retinendä Poſſeſſionis zu verſtehen, und alsdann liegt uns ein ausdrückliches Zeugniß für die Annahme vor, daß die Deductio eine Regulirung der Parteirollen durch Verleihung des Beſitzes keineswegs unnöthig gemacht habe.

Soviel über die Einleitung des Präjudicium.

Der weitere Verlauf des Verfahrens hat nichts Beſonderes. Auch im Sponſionsproceſſe knüpft ſich an die gewählte Form der Einleitung die Verpflichtung zu gehöriger Vertheidigung, ſowie ohne

[1]) C. 1.

Zweifel die Folge des Ungehorsams zunächst im sofortigen Verluste der Sache bestand. Dies ergibt sich aus dem Processe des Heraclius, welchen Cicero in den Verrinen erzählt[1]). Hier ist das Richtercollegium bestellt, und auf den dritten Tag die Verhandlung anberaumt; als Heraclius nicht erscheint, befiehlt Verres, den Abwesenden zu verurtheilen. Zwar verhindern dies die Freunde des Verres, sie veranlassen ihn, die Mängel des vorausgegangenen Verfahrens zu verbessern, und neue Richter zu bestellen. Diese aber verurtheilen in der That den abwesenden Heraclius, wie man sieht ohne weitere Untersuchung, und ohne daß daraus von Cicero ein Angriff gezogen wurde[2]). Die Contumacirstunde, die nach den zwölf Tafeln nur nicht vor Mittag und nach Sonnenuntergang fallen sollte, ist hier auf die zehnte Stunde festgesetzt[3]).

In späterer Zeit aber begegnen wir einer Aenderung, welche aus einer mildern Rechtsansicht hervorgegangen ist. Es soll nicht mehr ohne Weiteres zu Gunsten des gegenwärtigen Streittheiles geurtheilt, sondern eine richterliche Untersuchung vorgenommen werden, deren Resultat auch ein dem Abwesenden günstiges sein kann[4]). Zum Theil ergab sich dies allerdings aus Gründen, welche mit innerer Nothwendigkeit schon im alten Rechte wirksam gewesen sein müssen. Da nämlich, wo die Klage nicht auf einen fest bestimmten Gegenstand, sondern auf Interesse gerichtet war, insbesondere also bei den Arbitria konnte unmöglich ohne richterliche Untersuchung der Streitgegenstand zugesprochen werden, da das Interesse nicht an sich, sondern nur in Geld ausgedrückt Gegenstand eines Urtheils zu sein im Stande ist. Von diesem Falle ist mithin hier nicht die Rede. Vielmehr denken wir an Klagen, die einen unverändert in die Sentenz

---

[1]) Cic. in Verr. II. 2. c. 14. sequ.

[2]) Cic. l. c., c. 17. in f., c. 18. in f.

[3]) C. 17.: „Illi eum commonefaciunt, ut si ei videatur, utatur instituto suo, nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem judicare.“ Einen Anklang an die 10te Stunde findet man auch in Paulli R. S. IV. 6. 2.

[4]) Vergl. Bethmann-Hollweg: Handbuch des C. P. S. 285.

aufzunehmenden Gegenstand haben, wie gleich jeder Certi Condictio die durch Sponsion eingeleitete dingliche Klage. Hier wurde in der That nach altem Rechte sofort geurtheilt, hier also fragt es sich allein, warum es in spätern Zeiten nicht mehr geschah. Ich halte Folgendes für wahrscheinlich.

Dem gemeinen Rechtsgefühle mag die Verurtheilung eines Abwesenden etwas Gehässiges gehabt haben, und deshalb von wohlgesinnten Gegnern, wo nicht gerade böser Wille am Tage lag, durch Circumduction des Termines lieber vermieden worden sein. So entging selbst dem Verres im Processe des Heraclius nicht, daß ein Unrecht an einem Abwesenden begangen übler angesehen werden müsse, als eines, das sich hinter dem Lug und Trug einer sophistischen Verhandlung verstecke[1]). Ohne Zweifel war es dies Gefühl, welches nach Einführung des Formularprocesses dahin wirkte, daß das „si paret" und „si non paret" von der Nothwendigkeit eines Beweises verstanden wurde, der auch in Abwesenheit des Gegners zu führen sei.

Im Zusammenhange mit dieser Aenderung steht aber die Einführung der Proceßverjährung. Blieb nämlich der Kläger aus, so konnte zwar der Verklagte seine Absolution bewirken, indem er die Grundlosigkeit der klägerischen Intention darthat; allein dies war doch in Ermangelung positiver Vertheidigungsgründe höchst schwierig. Um nun unter solchen Umständen der Besorgniß des Verklagten ein Ende zu machen, setzte man dem Kläger ein für allemal eine Frist zur Durchsetzung seines Anspruchs. Eine solche bestand für die Judicia Imperio continentia, seit sie überhaupt verliehen wurden, in dem Amtsjahre des Magistrates, welcher sie anordnete; für die Judicia legitima dagegen bestimmte erst die Lex Julia judiciaria eine Frist von 18 Monaten[2]). Eine förmliche Absolution konnte hier

[1]) C. 17.: „Putabant absentis damnationem, praesertim tantae pecuniae, multo invidiosiorem fore, quam si praesens damnatus esset."

[2]) Gaius IV. 104.

freilich nicht ausgesprochen werden, das Resultat aber war ein gleiches. Denn vor demselben Judex fand der Kläger nach Ablauf der Frist kein weiteres Gehör, und gedachte er von Neuem klagend aufzutreten, so wurde er durch die Berufung auf die Deductio Rei in Judicium zurückgewiesen.

Was endlich das Urtheil über Eigenthum und Erbrecht anbelangt, so ließ sich der Judex der Form nach wie im alten Processe nur über die aus der Sponsion entstehende Obligation aus, damit aber entschied er der Sache nach das eigentlich streitige Recht; denn nur wenn dieses als begründet erfunden worden ist, kann aus der Sponsion eine Condemnation gegen den Verklagten ausgesprochen werden.

Zum Schlusse will ich hier, wo von dem Präjudicium die Rede ist, noch die Frage aufwerfen, ob denn auch über die Freiheit per Sponsionem habe gestritten werden können? Meines Wissens fehlt hierüber ein ausdrückliches Zeugniß. Allein wenn zu Ulpian's Zeit von einem getrennten Verfahren die Rede ist, bei welchem von dem Judex („ab eo, qui de libertate cogniturus est") die Beweislast nach dem factischen Zustande zur Zeit der Einleitung des Verfahrens („quo lis praeparabatur") regulirt werden soll, so ist doch wohl nicht an die Legis Actio per Sacramentum, sondern an eine von beiden Theilen, Vindicanten und Adsertor, geleistete Sponsion (sponsio et restipulatio) zu denken[1]). Wahrscheinlich ist es diese Form, welche Ulpian mit dem Ausdrucke „Präjudicium" bezeichnet[2]), und die wohl von jeher dann gebraucht werden mußte, wenn die Freiheit eines Peregrinen geltend gemacht wurde[3]).

---

[1]) Ulp. in l. 7. §. 5. de lib. causa. Sponsion und Restipulation war aber um deswillen nothwendig, damit in Judicio jeder Theil nach festgestelltem Besitze als Verklagter betrachtet werden konnte.

[2]) Ulp. in l. 1. §. 2. de R. V.: Petuntur igitur (liberae personae) aut praejudiciis, aut interdictis, aut praetoria cognitione.

[3]) Denn das Sacramentum setzte eine auf römischem Civilrechte beruhende Freiheit, d. i. Civität voraus. Bei Peregrinen wurden ohne Zweifel Recuperatoren gegeben. Cf. Plautus: Rud. V. 1. v. 3. Sueton. Domit. 8.

Fortsetzung.

(Geltendmachung des Urtheils; Ueberleitung zum Verfahren per Formulam petitoriam.)

§. 15.

Zuletzt haben wir die Geltendmachung des Judicates zu betrachten. Da hat es nun kein Bedenken, aus den oben (§. 10.) entwickelten Gründen die Gewalt des Siegers gegen den Besitzer auch hier für zulässig zu halten. Denn das, was die Gewalt rechtfertigt, ist der eigenthümliche Verpflichtungsgrund des Besitzers zur Restitution des Streitobjects, das Judicat. Zwar könnte man einwenden, dieses gehe doch streng genommen nur auf Leistung der Sponsionssumme, nicht auf die Existenz des Eigenthums und die sich daran knüpfende Verpflichtung. Allein gerade hierin unterscheidet sich ja das alte Verfahren von dem neuern keineswegs. Beide geben der dem Streitverhältnisse entsprechenden Entscheidung eine eigenthümliche Umhüllung, die man entfernen muß, um die wahren Resultate des Judicates bestimmen zu können.

Aus dieser Betrachtung erklärt sich aber weiter, daß da, wo die Privatgewalt nicht ausreichte oder verschmäht wurde, der Prätor mit einem der Executionsmittel einschritt, welche ihm überhaupt gegen ungehorsame Parteien zu Gebote standen. Er hatte die Wahl zwischen Manus Injectio und Missio in Bona. Gegen jene als das dem Civilrechte angehörige Executionsmittel sprach aber doch die Form des Verfahrens, welche nicht auf gesetzlicher Anordnung, sondern auf freier Uebereinkunft der Parteien beruhte. Und deshalb bediente er sich ohne Zweifel nur der durch das Edict eingeführten Missio in Bona, er bediente sich ihrer, um den Verklagten zur Restitution, oder wie sich die Sache processualisch nun wohl immer gestaltete, zur Leistung der Cautio Jud. solvi, welche einem Arbitrium de Lite aestimanda zur Grundlage dienen sollte, indirect zu nöthigen.

So hatte also das Verfahren per Sponsionem im Wesentlichen dieselben Grundlagen und denselben Verlauf, wie das durch Sacramentum eingeleitete. Nur war es einfacher und eben darum bildungsfähiger. Das zeigt sich besonders darin, daß der Abkürzung wegen die Verleihung der Arbitria mit der Einleitung des Processes durch Sponsionsleistung vereinigt werden konnte, indem der Prätor dem Juder neben der auf der Sponsion beruhenden Formel zwei andere gab, durch welche er denselben anwies, einmal im Falle verweigerter Restitution (Contumacia) den Streitgegenstand, sodann jeden durch des Verklagten Dolus entstandenen Schaden zu schätzen[1]). Auffallend ist diese Einrichtung allerdings deshalb, weil Ansprüche in Judicium deducirt werden sollen, welche noch gar nicht verfallen sind. Denn das Judicat, welches der Litis Aestimatio zu Grunde liegt, ist ja erst zu erwarten; und der Dolus, welcher der Beurtheilung des Richters unterworfen wird, ist noch nicht begangen, wird nur als im Laufe des Processes möglich gedacht. Dennoch hat man sich durch diese Bedenken von der Neuerung nicht abhalten lassen, wie nicht nur durch ähnliche, über jeden Zweifel erhabene Erscheinungen des petitorischen Verfahrens (s. unten), sondern auch durch eine Analogie bewiesen wird, von der ich überhaupt bei Annahme der beschriebenen Zusammenziehung ausgegangen bin.

Gaius[2]) berichtet nämlich in seiner Darstellung des bei den Interdicta exhibitoria und restitutoria einzuhaltenden Verfahrens, daß, wenn Sponsion und Restipulation geleistet und die daraus entspringenden Formeln abgefaßt seien, der Kläger sofort ein weiteres „judicium de re restituenda vel exhibenda“ erbitte, welches ihm, wenn er mit der Sponsion durchdringe und der Verklagte doch nicht

[1]) Ich halte diese Zusammenziehung nicht für eine nothwendige und durchgehende Einrichtung, sondern nehme an, daß sie besonders erbeten werden mußte. Dadurch wird der Einwand beseitigt, den man etwa aus Gai. IV. 90 fg. entnehmen könnte, wo allerdings dieser verkürzten Form keine Erwähnung geschieht.

[2]) Gaius IV. 165.

reſtituire, Litis Aeſtimatio verſchaffen ſoll. Huſchke[1]) denkt ſich daſſelbe ſo concipirt.

Judex esto. Si paret Numerium Negidium Aulum Agerium contra edictum illius Praetoris eo, unde dejectus erat, non restituisse, nisi arbitrio tuo restituit, judex Numerium Negidium Aulo Agerio quanti ea res est, condemna.

Da nun hier das Condicionalverhältniß, in welchem Judicium und Arbitrium ſtehen, die Verbindung beider nicht gehindert hat, warum ſollte im Eigenthumsproceſſe etwas Anderes gegolten haben? Nur ließe ſich doch gegen die Vollgültigkeit dieſer Analogie ein Bedenken erheben. Wenn der Prätor im Eigenthumsproceſſe nach Ertheilung der Vindicien mit dem Präjudicium zugleich die Arbitria verlieh, ſo waren dadurch keineswegs die Cautionen erſpart, die nach wie vor ihre herkömmlichen Functionen zu verſehen hatten. Der Beſitzer mußte alſo neben der Stipulatio pro Präde Litis Vindiciarum die Cautio Jud. ſolvi leiſten, dieſe, um die Reſtitution des noch vorhandenen Streitgegenſtandes zu ſichern, jene gegen eine mögliche Veräußerung, Vernichtung, Verſchlechterung deſſelben, ſowie gegen Vernachläſſigung der Früchte. Nun finden wir aber in jenem Berichte des Gaius keine dieſer Cautionen erwähnt, auch die letztere nicht, obwohl es ſcheint, daß dieſelbe gleiche Berechtigung wie im Eigenthumsproceſſe gehabt haben würde, wenn man das Arbitrium wirklich auf das aus der Sponſion zu ertheilende Judicat geſtützt hätte.

Allein wenn einmal feſtſteht, daß im Interdictsproceſſe das Judicium de Re reſtituenda wirklich unter einer Bedingung gegeben wird, welche mit der ſiegreichen Durchſetzung der präjudiciellen Klage eintritt, ſo iſt gerade das bewieſen, worauf es hier ankömmt, und umgekehrt eine Erklärung dafür zu ſuchen, warum im Interdictsproceſſe die Cautio Jud. ſolvi nicht verlangt worden ſei. Dieſe finde ich aber in Folgendem. Der Richter, welcher beurtheilt, ob die Vorausſetzungen des prä-

[1]) Huſchke in den Studien des röm. | Rechts, S. 8.

torischen Befehles vorhanden seien, fällt eigentlich kein Urtheil, sondern spricht nur einen Befehl in Concreto aus, der in allgemeiner Form vom Prätor bereits durch das Edict ausgesprochen worden ist; er nimmt so zu sagen dem Prätor die Worte aus dem Munde. Prätorische Befehle aber können nicht eigentliche Executionsmittel zur Folge haben; gibt also der Prätor zur Verwirklichung seines Befehles ein Arbitrium de Lite aestimanda, so geschieht dies nicht, um vom Besitzer die Folgen der Manus Injectio oder Missio in Bona abzuwehren, sondern vielmehr, um weiterhin auf den Grund eines richterlichen Urtheils den Weg ordnungsmäßiger Execution einschlagen zu können. Zu besonderer Sicherstellung des Klägers liegt mithin keine Veranlassung vor.

Daß hierin der wahre Grund jener Verschiedenheit liege, geht auf's Anschaulichste aus einem andern Beispiele hervor. Die Behandlung der Interdicta retinendâ Possessionis hatte das Eigenthümliche, daß bei Einleitung des Processes der Besitz interimistisch derjenigen Partei gegeben wurde, welche auf den Fall ihres Unterliegens die höchste Ersatzsumme für die dem andern Theile entzogenen Früchte bot. Erkannte nun der Richter denjenigen für den bessern Besitzer, welcher das geringere Gebot gethan, so wurden ihm in der Sache selbst, d. h. abgesehen von den Strafklagen, zwei Judicia gegeben, eines auf Erlangung des Streitgegenstandes (judicium Cascellianum oder secutorium), ein anderes auf Ersatz der gezogenen Früchte (judicium fructuarium oder secutorium), und dieses soll durch Cautio Jud. solvi eingeleitet werden [1]). — Gewiß ist im Gegensatze zu den übrigen Fällen das Verlangen einer solchen Sicherstellung gerade hier höchst auffallend: warum wird sie nicht eben so bei dem Judicium Cascellianum, warum nicht bei dem oben erwähnten Judicium de Re restituenda gefordert? Die Lösung ist diese. In Beziehung auf die Sache erscheint der auf

[1]) Gaius IV. 169.: — — in quam rem proprium judicium comparatum est, quod appellatur fructuarium; quo nomine actor i. s. (nach Huschke judicatum solvi) satis accipiet: dicitur autem et hoc judicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam.

Sponſion und Reſtipulation beruhende Spruch des Richters wieder nur als ein auf den concreten Fall angewandter prätoriſcher Befehl; und wird durch dieſen der interimiſtiſche Beſitzer zur Reſtitution des Beſitzes an den Gegner verpflichtet, ſo iſt er doch als Judicatus nicht zu betrachten. Gerade dadurch, daß der Prätor eine proviſoriſche Verfügung trifft, ſpricht er aus, daß der Beſitz ſeiner Diſpoſition vorbehalten bleibe und durch ſeine Macht nach Maaßgabe des richterlichen Spruchs dem Sieger zu übermachen ſei. Anders dagegen verhält es ſich mit den Früchten. Wenn der, „qui fructus licitatione vicit“, als gegenwärtiger Beſitzer (auf den Zeitpunct der Eröffnung des Proceſſes geſehen) nicht anerkannt wird, ſo liegt darin implicite das Urtheil, daß er die inzwiſchen gezogenen Früchte mit Unrecht gezogen, alſo dem andern Theile herauszugeben habe. Nur findet hier die Beſonderheit Statt, daß dieſe Früchte in das Eigenthum des Beſitzers übergegangen ſind, der durch die prätoriſche Einweiſung einen gerechten Grund des Beſitzes erhalten hat[1]). Und deshalb kann der Prätor über dieſelben nicht wie über die Sache verfügen, vielmehr hat der Richter, ſoweit der präjudicielle Spruch ſie ſtillſchweigend mit umfaßt, in Wahrheit ein Urtheil gefällt, welches, durch eine Actio in Factum geltend gemacht, der Regel gemäß, Leiſtung der Cautio Jud. ſolvi verlangt[2]). — Damit iſt denn auch der Grund angegeben, warum dieſe Cautio bei den Interdicta reſtitutoria und exhibitoria nicht vorkommt, obſchon doch bei ihnen gleichfalls über die Früchte geſprochen wird. Der Verklagte

---

[1]) L. 11. de acqu. v. amitt. poss.: „Juste possidet, qui auctore Praetore possidet.“ Zu eng faßt dieſen Satz Unterholzner: Verjährungslehre Bd. I. S. 400, wenn er ihn nur auf die Uſucapion, und auch da nur auf das „duci jubere ex causa noxali“, und die missio in possessionem ex secundo decreto bezieht.

[2]) Daß das Urtheil, von welchem die Rede iſt, nicht ein in ſeinen Bedingungen dem Civilrechte entſprechendes iſt, geht klar daraus hervor, daß nicht die actio judicati, ſondern eine a. in factum gegeben wird. Ein wirkliches Judicat verlangte in ſpäterer Zeit vor Allem eine Verurtheilung in Geld, die hier fehlt. Man muß vielmehr die Sache ganz ſo denken, wie im alten Eigenthumsproceſſe, nur mit dem Unterſchiede, daß dort das Präjudicium auf dem Civilrechte beruht, und eben darum civilrechtliche Wirkungen hat.

besitzt hier während der präjudiciellen Untersuchung nicht unter Auctorität des Prätors und bringt deshalb die immittelst percipirten Früchte nicht in sein Eigenthum. So kommt es, daß wie die Hauptsache, so auch die Früchte als reine Accessionen derselben fortwährend der Verfügung des Prätors unterworfen sind.

Doch wir kehren zu unserm Gegenstande zurück. Von der Stufe, auf der wir das Verfahren so eben erblickten, war es ein Leichtes, zu der letzten Entwickelung des Vindicationsprocesses fortzuschreiten, von der angenommen werden kann, sie liege den in Justinian's Compilation enthaltenen Nachrichten allein zu Grunde [1]). Wie gezeigt, gliederte sich das Verfahren nach Verleihung der Vindicien in drei Judicia, welche zu gleicher Zeit angeordnet werden konnten,

1. ein Judicium, welches unter Zugrundelegung einer Sponsion auf Untersuchung des Eigenthums gerichtet war, ein wahres Präjudicium,
2. ein Arbitrium, gestützt auf die mögliche Contumacia des Besitzers, eingeleitet durch Cautio Judicatum solvi, und
3. ein anderes, welches auf Schätzung und Ersatz des durch des Besitzers Dolus zugefügten Schadens gerichtet war, eingeleitet durch die Stipulatio pro Präde Litis Vindiciarum.

Hatte man sich bei dieser verkürzten Form des Verfahrens darüber hinweggesetzt, daß über noch gar nicht committirte Ansprüche Klagformeln gegeben wurden, so ließen sich weitere höchst zweckmäßige Veränderungen vornehmen. Man konnte dem Processe jenes Arbitrium zu Grunde legen, welches im Falle verweigerter Restitution wegen Schätzung des Streitgegenstandes gegeben wurde, und in dasselbe die bisher durch Sponsion zur Entscheidung gebrachte Eigenthumsfrage als Bedingung der Verurtheilung aufnehmen. Alsdann blieb nur das Arbitrium de

[1]) Dies nimmt auch Ribbentrop in seiner Comm. ad l. 16. §. 5. de pign. et l. 9. §. 1. de exc. rei jud. p. 41. an, indem er behauptet, es finde sich in Just.'s Compilation wohl keine Stelle, von der man mit Sicherheit behaupten könne, sie sei nur von dem Sponsionsprocesse zu verstehen.

Dolo zurück. Da sich aber auch dieses mit Schätzung des Streitgegenstandes beschäftigte, wenn gleich nach einer andern Seite hin, so ließ sich dasselbe sehr wohl in der Weise beifügen, daß nicht auf die Contumacia allein, sondern zugleich auf den Dolus des Verklagten die Condemnation gestellt wurde. Somit lautete nun die dem Juder ertheilte Formel wie folgt:

L. Octavius judex esto. Si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium Publii Servilii esse, neque is fundus P. Servilio restituetur, aut quid dolo malo Lucii Titii factum erit, quanti ea res est, L. Titium P. Servilio condemna, s. n. p. a.[1]).

In gleicher Weise gestaltete sich die dem ganzen Verfahren nunmehr zu Grunde gelegte Cautio Jud. solvi, welche wie unten nachgewiesen werden wird, zu ihrem alten Inhalte, der Clausula Judicatum solvi, das Versprechen rechter Vertheidigung (clausula de re defendenda) und eine Entsagung auf jede Argliſt und Gefährde (cl. de dolo) aufnahm[2]).

Dieses Verfahren findet sich zu Cicero's Zeit bereits in Geltung; er erwähnt es für den Eigenthumsproceß, während er für Erbschaftsstreitigkeiten nur das Verfahren per Sacramentum und per Sponsionem als zulässig zu bezeichnen scheint[3]). Allein Asconius bemerkt

[1]) Cicero in Verrem. II. 2. c. 12. theilt diese Formel bis zu den Worten „aut quid" abgesehen von einer Aenderung in den Namen der Streittheile wörtlich mit. Den folgenden Satz habe ich ohne eine Auctorität eingeschoben, weil die Erwähnung des Dolus bei Cicero fehlt, und doch, wie Jedermann zugeben muß, absolut nothwendig ist. Ich zweifle nicht, daß, wenn Cicero die Formel vollendet hätte, auch diese Clausel bei ihm gefunden würde, sofern sie anders nicht erst später aufgenommen ist (Novissima clausula jud. s. stipulationis etc. l. 19. jud. solvi). Bei der in Factum concipirten Actio depositi heißt es ja auch: „eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse." Cf. Gai. IV. 47. Und in den Formeln der Lex Rubria, in welchen eine mit der Clausula Doli versehene Cautio Damni infecti fingirt wird, ist dem Juder die Berücksichtigung des Dolus durch den Zusatz: „ex bona fide" aufgegeben.

[2]) Ulp. in L. 6. jud. solvi: „Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de re judicata, de re defendenda, de dolo malo."

[3]) Cic. in Verr. II. 1. 45.

dazu, die Sponsion sei bald auf eine feste Summe Geldes, bald auf die Litis Aestimatio gestellt worden. Dürfen wir dieser Nachricht trauen, so wäre unter dem Sponsionsverfahren das per Formulam petitoriam mitbegriffen, weil es, so viel wir wissen, das einzige ist, welches durch eine auf die Litis Aestimatio gerichtete Stipulation (eben jene Cautio Jud. solvi) eingeleitet wurde[1]).

Aus den angedeuteten Veränderungen ergeben sich nun aber weitere Consequenzen so eingreifender Natur, daß man denselben eine bedeutende Mitwirkung bei Herbeiführung jener letzten Umwandlung zuzuschreiben berechtigt ist. Ich rechne dahin besonders die Abschaffung des „vindicias dare.“ Theils hatte dies seine wahre Bedeutung durch Einführung der Interdicte bereits verloren, theils hatte es durch die nothwendige Gegenwart des Streitobjects mancherlei Unbequemlichkeiten, unter denen die nicht die geringste war, daß der Kläger nöthigenfalls durch einen besondern Proceß dessen Vorzeigung erwirken, oder den Besitzer durch Gewalt zur Vertheidigung reizen mußte. Indem nun das neue Verfahren jenes Arbitrium de Re restituenda voraussstellte, welches die präjudicielle Frage in sich aufnahm, war der Vindicant dem Besitzer gegenüber in gleicher Lage, als ob der erste Theil des Verfahrens bereits abgelaufen sei, und nunmehr vom Unterliegenden die Herausgabe des von ihm besessenen Streitobjects verlangt werde. Mit andern Worten, die Klage wurde jetzt als arbiträre Klage von vornherein gegen den Besitzer gegeben. Die Frage, wer Besitzer sein *solle*, fiel nicht mehr in den Vindicationsproceß, sondern mußte, wo nöthig, durch die einschlagenden Interdicte zum Voraus entschieden werden. Der Besitz war die im Laufe des Verfahrens festzustellende factische Voraussetzung der Klage geworden. Damit hatte aber die Gegenwart der Sache ihre wesentlichste Bedeutung verloren; die Bezeichnung des streitigen Gegenstan-

[1]) Cicero's Meinung ist dies freilich nicht.

des, zu der sie beiläufig auch gedient, konnte in sicherer Weise auch durch wörtliche Umschreibung geschehen [1]).

So hatte sich ein eigenthümlicher Fortschritt in der Entwickelung der dinglichen Klagen kund gegeben. Ursprünglich in der Art gegenseitig, daß von beiden Theilen dasselbe Recht behauptet, und von beiden das Sacramentum auf den Fall des Unterliegens geleistet, dann erst vom Prätor über den Besitz verfügt wurde, hatte sich nach Einführung der Sponsion das Verfahren insofern zu der Einseitigkeit anderer Judicia hingeneigt, als nach Verleihung der Vindicien der Prätor vom Besitzer allein Sponsion verlangte. Doch war auf dieser Stufe vor Einleitung des Processes immer noch ungewiß, wer die Verklagtenrolle führen werde, und in der That eine fortwährende Zweiseitigkeit darin sichtbar, daß bei Einleitung des Processes das streitige Recht beiderseitig in Anspruch genommen wurde. Auch dies verliert sich, seitdem wie bei andern arbiträren Klagen die Vindication gegen denjenigen, „qui restituendi facultatem habet", gerichtet wird. Nicht ein Streit über das Eigenthum, sondern eine Verletzung desselben durch Entziehung des Besitzes gibt von nun an zur Erhebung eines Eigenthumsprocesses Veranlassung.

Drittes Capitel.

Vom Verfahren per Formulam petitoriam.

Uebersicht.

§. 16.

Bei Betrachtung des Verfahrens per Formulam petitoriam wird folgender Plan einzuhalten sein.

Wir haben bis dahin die drei Bestandtheile des Vindicationsprocesses in der Selbständigkeit, welche sie in der That behaupteten,

[1]) l. 6. de R.V.

nebeneinander betrachtet. Eine Einheit gewann das Verfahren nur durch die innern Beziehungen, in welchen jene Beſtandtheile zu einander ſtanden. Dies hat ſich in dem neuen Proceſſe geändert. Während früherhin drei Judicia abgeſondert verliehen wurden, ſind dieſelben jetzt in einem einzigen vereinigt, welches durch die Cautio Judicatum ſolvi eingeleitet wird. Nun wäre es möglich, von dieſer Vereinigung abzuſehen, und die getrennte Behandlung jener Theile auch hier beizubehalten. Allein das hieße, die Eigenthümlichkeit des neuen Verfahrens gänzlich bei Seite ſetzen. Es ſoll daher das neue Judicium als ein Ganzes in der Weiſe behandelt werden, daß ſich die Betrachtung auf die dem Verfahren zu Grunde liegende Cautio Jud. ſolvi concentrirt, und aus ihr die proceſſualiſchen Verbindlichkeiten des Verklagten abgeleitet werden. Und weil darin das Judicium doch keineswegs vollſtändig aufgeht, ſo iſt zuvor von der Thätigkeit des Richters zu handeln, welche für jene Verpflichtungen die Grundlage entweder ſchafft oder wenigſtens feſtſtellt. Hierfür finden ſich aber in der von uns angenommenen Entſtehung des neuen Verfahrens ſehr beſtimmte Anhaltspuncte.

Indem wir nämlich von der Einleitung des Proceſſes durch die Cautio Jud. ſolvi ausgehen, und von den Mitteln handeln, welche der Prätor anwendet, um den Verklagten zur Leiſtung derſelben zu zwingen, wird die Grundlage gewonnen, auf welcher der Kläger bei Anſtrebung ſeines Zieles zuerſt Fuß faßt. Denn in jener Caution liegt nun ſchon die Verpflichtung des Verklagten, die Sache in einer Weiſe zu vertheidigen, daß der Richter in den Stand geſetzt werde, über das ſtreitige Eigenthum oder Erbrecht ein Urtheil zu fällen. Dieſes vertritt die im frühern Rechte übliche Entſcheidung über das Sacramentum oder die Sponſion, und iſt daher nicht ein bloßer Juſſus de Reſtituendo, ſondern ein wahrer Vorbeſcheid, hervorgegangen aus der Anſchauung, daß mehrere Judicia, von denen eins die übrigen bedingt, zu einem Ganzen verbunden ſind. Auf ihm beruht die Verbindlichkeit des Verklagten, das Judicat zu zahlen, d. h. den

ſtreitigen Gegenſtand an den Kläger zu reſtituiren. Doch gehört dazu, daß der Verklagte beſitze, und auf Feſtſtellung dieſer Frage hat ſich daher die Thätigkeit des Judex weiter zu richten. Sie erbringt dadurch zugleich die factiſche Grundlage für die letzte Verbindlichkeit des Verklagten, für das pflichtmäßige Verhalten deſſelben zu dem ſtreitigen Gegenſtande, welches durch die Clauſula de Dolo geſichert wird. Im Folgenden wird mithin

1) von der C. Jud. ſolvi als der Grundlage des neuen Verfahrens, und den Mitteln, deren Leiſtung zu erzwingen, gehandelt werden; ſodann
2) von der Präjudicialſentenz über Eigenthum oder Erbrecht;
3) vom Beſitze und deſſen Feſtſtellung durch den Richter.

I. Von der Cautio Jud. ſolvi als der Grundlage des neuen Verfahrens, und den Mitteln, deren Leiſtung zu erzwingen.

§. 17.

Bekanntlich berichten die Inſtitutionen Juſtinian's, die Leiſtung der Caut. Jud. ſolvi ſei bei dinglichen Klagen nicht mehr gebräuchlich [1]). Daher darf es nicht wundern, wenn die directen Zeugniſſe über das Verhältniß derſelben zum Vindicationsproceſſe ſehr dürftig ſind. Man hatte natürlich keine Veranlaſſung, ſolche in die Compilation aufzunehmen. Dennoch wird ſich der Beweis, daß jene Caution an der Stelle der Sponſion zur Grundlage des Verfahrens gemacht worden ſei, vollſtändig erbringen laſſen.

Erſtens. Nicht recht klar drückt ſich über unſere Frage Gaius [2])

---

[1]) §. 2. I. de satisdatt.

[2]) Gai. IV. 89.: „Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes, aequum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere: ut si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis.“

in seiner Darstellung der Satisdationen aus. Er erzählt, bei dinglichen Klagen müsse der Verklagte Bürgschaft leisten, weil er mittlerweile eine Sache besitze, von der es zweifelhaft sei, ob sie ihm gehöre: damit, wenn er besiegt werde, der Kläger mit ihm oder mit den Bürgen zu streiten im Stande sei. Diese Darstellung paßt nicht ganz auf die Stipulatio Jud. solvi, weil in dem neuesten Verfahren, bei dessen Einleitung sie vorkommt, das Präjudicium einen für sich bestehenden Proceß nicht ausmacht. Dennoch ist die Vorstellung, die Gaius von der Sache hat, vollkommen richtig. Der Kläger kann, wenn nach gefällter erster Sentenz weder restituirt, noch die Litis Aestimation freiwillig geleistet wird, das Judicat ebensowohl gegen den Besitzer als gegen die Bürgen verfolgen. Diese Wahl aber hat er, wie Gaius sagt, eben aus der geleisteten Caution, welche folglich auch dem zwischen Kläger und Besitzer anhängigen Judicium zu Grunde liegen muß.

Zweitens. Ulpian bezeichnet die Stipulationes judiciales als solche, welche des rechtlichen Bestehens eines Judiciums wegen bestellt werden, und führt als zu denselben gehörig die Cautio Jud. solvi und die aus der Operis novi Nunciatio zu leistende Caution an [1]). In der That haben diese Cautionen die auffallendste Aehnlichkeit mit einander, indem sich in beiden die drei Clauseln de Dolo, de Re defendenda und Jud. solvi finden [2]). Nun wird von der letztern jener Cautionen ausdrücklich gesagt, sie verfalle, wenn die Sache abgeurtheilt oder mangelhaft vertheidigt sei, „in id ut opus restituatur“ [3]). Da hierauf die Verbindlichkeit der Bürgen nicht gerichtet sein kann, so ist die Annahme unabweislich, daß diese Stipulation als Grundlage des Judiciums vom Verklagten selbst geleistet worden sei. Sollte nun ein Gleiches von der andern jener Cautionen nicht gelten, sollte

---

[1]) L. 1. §. 1. de praet. stip.: „Judiciales eas dicimus, quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat: ut judicatum solvi et ex operis novi nuntiatione.“

[2]) L. 21. §. 2. de O. N. N.

[3]) L. 21. §. 1. eod.

nicht vielmehr gerade darin die Natur der judiciales Stipulationes zu ſuchen ſein?

Ein letztes und das beſtimmteſte Zeugniß gewähren einige Stellen der Pandecten, deren Erklärung ich mir jedoch auf andere Gelegenheit vorbehalte. Hierher gehört:

Paullus libro LXXIII. ad Ed. in l. 2. §. 2. de praet. stip.

Maecianus libro IX. Fideicomm. in l. 32. §. 2. ad leg. Falcidiam.

Im Zuſammenhange mit dieſer Einleitung des Verfahrens iſt es zu denken, daß die Litis Conteſtation der Leiſtung der Caution nachfolgt. Wollte man nämlich annehmen, im Eigenthumsproceſſe beziehe ſich die Streiterklärung auf das beſtrittene Eigenthum, ſo würde unbegreiflich ſein, warum ſchon zum Voraus eine Caution geleiſtet werde, die doch nur, wenn es zum Judicium kommt, irgend eine Bedeutung haben kann. Denken wir uns dagegen die Sache ſo, wie es nach dem Bisherigen als nothwendig erſcheint, daß der Eigenthümer oder Erbe unter Behauptung ſeines Rechtes vom Beſitzer Caution oder Herausgabe des Beſitzes verlangt habe, ſo iſt nichts natürlicher, als daß erſt nach geleiſteter Caution wahrſcheinlich in einem folgenden Termine Lis conteſtirt, d. h. die aus der Caution entſtehende Obligation in Judicium deducirt worden ſei. — Um die behauptete Ordnung von Cautionsleiſtung und L. C. zu beweiſen, führe ich außer den oben citirten Stellen folgende an:

Paullus libro LXXIV. ad Ed. in l. 8. jud. solvi:

„Si petitor post satisdationem ante judicium acceptum heres possessori exstiterit, exstinguitur stipulatio.“

Idem libro XIV. (Hal. libro XLIII.) ad Ed. in l. 8. §. 2. qui satisd. cogantur: Si servus inveniatur, qui antequam judicium accipiatur, fidejussit judicatum solvi, succurrendum est actori, ut ex integro caveatur.

Andere Stellen, die ein gleiches Zeitverhältniß darthun, beziehen ſich auf die von einem Procurator geleiſtete Caution [1]).

[1]) z. B. l. 7.; l. 13. §. 1. jud. solvi.

Dieſer Auffaſſung des Proceſſes ſcheint nun aber die Geſtalt der Formula petitoria entgegenzuſtehen, deren Intention nicht auf einen obligatoriſchen Anſpruch, ſondern unmittelbar auf des Klägers Eigenthum geſtellt iſt, wie außer der uns von Cicero aufbewahrten Formel ein Beiſpiel beweiſt, welches Gaius[1]) für die Formulä in Jus conceptä anführt, indem er ſagt: „quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium“. Nach unſerer Anſicht ſcheint es vielmehr, als ob die Formel unter Vorausſchickung einer Demonſtration, welche den Inhalt der Stipulation wiedergab, auf „quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet ex b. f.“ habe geſtellt werden müſſen, ganz ſo, wie nach der Lex Rubria die aus der Cautio Damni infecti entſtandene Klage concipirt wurde[2]). Allein man darf nicht überſehen, daß wie die Cautio Jud. ſolvi, ſo auch das ihr entſprechende Arbitrium de Re reſtituenda ſich allmählich zu ihrem ſpätern Umfange erweiterte, ohne daß man eine practiſche Veranlaſſung hatte, die aus Stipulationen regelmäßig entſtehenden Klagformeln im Einzelnſten nachzuahmen. Hatte man ſich alſo gewöhnt, jenes Arbitrium auch dann noch als ſolches zu betrachten, als ihm bereits die Cautio Jud. ſolvi untergelegt worden war, ſo konnte man auch ohne beſondere Veränderungen die Präjudicialfrage durch bloße Einſchiebung einer Bedingung in daſſelbe mitaufnehmen. Vorausgeſetzt, die Formel des Arbitriums ſei ſo concipirt geweſen: „Si paret, fundum Capenatem A. A. restitutum non esse, nisi restituatur, N. N. A. A. quanti ea res est condemna,“ ſo wurde nunmehr die Bedingung: „Si paret, fundum Capenatem A. A. ex jure Quir. esse“ vorangeſtellt, und natürlich die auf die Exiſtenz eines Urtheils baſirte Intentio in Factum concepta weggelaſſen. Nothwendig, darf man ſagen, war dieſe Form ſogar deshalb, weil die in die Caution aufgenommenen

[1]) Gai. IV. 45.

[2]) In der Lex Rubria c. 20. iſt die Intention ſo gefaßt: „tum quidquid eum Qu. Licinium ex ea stipulatione L. Sejo d. f. oportet ex b. f.“ Die Clauſel „ex b. f.“ beruht auf der Aufnahme des Dolus in die Stipulation.

Verpflichtungen erſt nach der L. C. verfielen, alle Condictionen aber ſtreng nach dem Momente der L. C. beurtheilt wurden. Hätte man alſo jene freiere Form der Klage nicht gelten laſſen, ſo mußte überhaupt auf die in Ausſicht geſtellten Vortheile verzichtet werden, obwohl dieſelbe materiell dem Inhalte der Caution vollſtändig entſprach. Denn in beiden iſt der Gegenſtand der Condemnation das Intereſſe (quanti ea res est), und als Bedingung ſeiner Leiſtung die unterlaſſene Reſtitution des dem Kläger zugeſprochenen Gegenſtandes, oder eine mangelhafte Vertheidigung, oder ein Dolus des Beſitzers geſtellt. Es wird nicht weit gefehlt ſein, wenn man die Cautio Jud. solvi ſo formulirt denkt:

Quod fundum Tusculanum, a te vindicaturus sum[1]), si is fundus secundum me heredemve meum[2]) a C. Aquilio[3]) eove, qui in ejus locum substituatur[4]) judicata erit, neque restituetur, aut si ea res boni viri arbitratu non defendatur[5]), sive hujus rei dolus malus non aberit[6]), quanti ea res est[7]), dare spondes?

Ein ähnliches Formular hat Cujacius aufgeſtellt[8]), nur fehlt er darin, daß er zum Gegenſtande des Verſprechens zunächſt die einzelnen Handlungen macht, deren Unterlaſſung vielmehr als Bedingung für die Leiſtung des Intereſſe's in Betracht zu ziehen iſt. Gerade hierin ſetzen die römiſchen Juriſten einen Unterſchied zwiſchen der Cautio Jud. solvi und der Caution des Nunciaten. Jene enthalte, ſagt Paullus, „incertam quantitatem“, dieſe „rei restitutionem“[9]). Doch erkenne ich an, daß es ſich hierbei mehr um die hergebrachte Form, als um einen Unterſchied im practiſchen Reſultate handele.

---

[1]) L. 13. §. ult. jud. solvi.
[2]) L. 153. de V. S.
[3]) L. 3. pr. jud. solvi.
[4]) L. 20. eod.
[5]) L. 15. eod.
[6]) L. 19. §. 1. eod.; l. 69. de V. S.
[7]) L. 2. §. 2. de praet. stip.
[8]) Cuj. Obss. X. 29. (Op. omn. tom. III.)
[9]) Vergl. l. 2. pr. §. 1. u. 2. de praet. stip., l. 21. §. 2. de O. N. N. Genauer iſt in dieſem Punkte Brissonius de form. jur. V. 57.

Digitized by Google

Fragen wir nun, welche Folge es hatte, wenn der Verklagte die Leiſtung der Caution und damit die Uebernahme des Judicium verweigerte, ſo werden wir zunächſt auf die Miſſio in Bona verwieſen, da fictionsweiſe das neue Judicium auf ein Judicat gegründet war. Gewiß ſehr früh aber hat man einen Unterſchied eintreten laſſen. Man behielt den allgemeinen Contumacialnachtheil der Miſſio in Bona nur da bei, wo die Contumacia in derſelben Geſtalt wie bei andern Klagen vorkam, namentlich wenn der Beſitzer latitirte, oder ſonſt wie ſich der Klage entzog [1]). Wurde dagegen die Leiſtung der Caution verſagt, ſo wandte man die im alten Rechte bei verweigerter Stellung von Prädes Litis Vindiciarum gebräuchliche Translatio Poſſeſſionis an. Zwar hat man dieſe in einzelnen Fällen auch auf das Latitiren und die Abweſenheit des Beſitzers ausgedehnt, jedoch niemals allgemein, ſondern nur zufolge beſonderer Zweckmäßigkeitsgründe. Auf die Abweſenheit bei'm Fundus nach des Celſus Meinung, welche Ulpian's Billigung zu haben ſcheint; auf das Latitiren bei Erbſchaften, nach deſſelben Celſus Rathe und unter Anerkennung eines Reſcripts von D. Pius [2]). Die Stelle nun, in welcher bei verweigerter Caution die Uebertragung des Beſitzes als der in dem Edicte beſtimmte Nachtheil bezeichnet wird, iſt ein Reſcript der Kaiſer Diocletian und Maximian in l. un. C. uti possidetis.

Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector provinciae vim fieri prohibebit: ac satisdationis vel transferendae possessionis Edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet.

Daß man die Uebertragung des Beſitzes durch Interdicte bewirkte, iſt oben aus einem von Endlicher aufgefundenen Fragmente Ulpian's nachgewieſen, welches zwei ſolcher Interdicte erwähnt, das „interdictum quem fundum“ und „quam hereditatem“. Ob für

[1]) L. 23. §. 4. ex quibus causis majores; l. 18. si servitus vind.; l. 7. §. 16. quibus ex causis in poss.

[2]) L. 7. §. 17—19. eod.

bewegliche Sachen, welche nach altem Rechte vor Gericht gegenwärtig sein mußten, und deshalb ohne weitern Proceß an den Gegner überliefert werden konnten, nach Einführung der Formula petitoria ein eignes Interdict gegeben sei, oder ob man sich mit der im prätorischen Edicte gegebenen Pönalklage begnügt habe, läßt sich nicht bestimmen. Direct erreichten jedoch jene Interdicte ihren Zweck auch nicht, sondern wie überall nur auf indirectem Wege, insofern die Nachtheile, welche den Verklagten im Falle des Unterliegens trafen, diesen veranlassen mußten, lieber zu restituiren, als zu streiten. Dieses Resultat werden Pönalsponsionen und Würderungseid selten verfehlt haben. Denn der einzige Rückhalt, den der Verklagte haben konnte, war der, daß er nicht besitze, und deshalb mit einem restitutorischen oder exhibitorischen Interdicte so wenig wie mit einer dinglichen Klage zu belangen sei. Hieraus erklärt sich eine Stelle des Furius Anthianus, in welcher ausgeführt wird, daß, wer nicht besitze, auch eine dingliche Klage nicht zu übernehmen brauche, da in solchem Falle die Verweigerung der Cautionsleistung ein Judicium herbeiführe, in dem die Besitzesfrage untersucht, und der Verklagte, wenn er besitze, zur Ueberlieferung des Streitobjects ohne Weiteres angehalten, wenn er nicht besitze, losgesprochen werde.

Furius Anthianus libro I. ad Ed. in l. 80. de R. V.

In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere: ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit.

Diese Stelle machte früherhin aus dem Grunde nicht unbedeutende Schwierigkeiten, weil man nicht befriedigend zu bestimmen vermochte, von welchem Juder der Jurist rede[1]). Nachdem wir jene

[1]) Aeltere Erklärungen dieser Stelle findet man bei Rudorff in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. IX. Nro. 2., wo zugleich die hier angenommene Erklärung weiter begründet ist. Auf das neueste Verfahren angewandt, findet man die Translatio Possessionis auch in l. 2. C. ubi in rem actio. Von l. 20. §. 1. de interrog. in jure wird noch die Rede sein.

Digitized by Google

Interdicte kennen, unterliegt es keinem gegründeten Zweifel mehr, daß ſie es ſind, welche zur Anordnung eines Judiciums den Anlaß gegeben haben.

Uebrigens verſteht ſich von ſelbſt, daß ein Zwang zur Leiſtung der Cautio Jud. solvi nur da habe Statt finden können, wo die alte Legis Actio per Sacramentum ihre Anwendbarkeit verloren hatte, namentlich alſo in denjenigen Sachen, welche von Auguſt der Competenz der Centumviralgerichte nicht wieder unterworfen worden waren.

Von der Präjudicial-Sentenz über Eigenthum und Erbrecht.

§. 18.

Wie alle Klagen, welche auf Reſtitution einer Sache gerichtet ſind, ſo gehört auch die Eigenthums- und Erbſchaftsklage in Geſtalt der Formula petitoria zu den arbiträren Klagen. Demnach geht, wenn die rechtlichen und factiſchen Vorausſetzungen der Klage bewieſen ſind, der Verurtheilung in Geld ein Befehl des Richters voraus, durch welchen dem Verklagten aufgegeben wird, die vindicirte Sache an den Kläger zu reſtituiren. Ein ſolcher Befehl aber kam in jenem alten Arbitrium de Reſtituendo, welches dem zu Gunſten des Klägers gefällten Präjudicium nachfolgte, ſo oft der Verklagte die Reſtitution verweigerte, gleichfalls vor. Falſch würde es alſo ſein, ihn für etwas der neueſten Entwickelungsform des Vindicationsproceſſes Eigenthümliches zu halten. Ebenſo unrichtig iſt jedoch umgekehrt die Annahme, der Juder ſpreche, wenn er ſich von dem Rechte des Klägers überzeugt habe, dies dadurch aus, daß er dem Verklagten Herausgabe der ſtreitigen Sache anbefehle, in derſelben Weiſe wie es bei den auf Reſtitution gerichteten perſönlichen Klagen geſchieht. Vielmehr zeigt ſich die der Formula petitoria eigenthümliche Verſchmelzung der früher getrennten Judicia darin, daß der Richter eine wahre Sentenz über das Eigenthum fällt, und dieſer erſt den Juſſus de Reſtituendo nachfolgen läßt. Demnach werden, ſo oft das Recht des Klägers be-

gründet iſt, zwei Sentenzen gegeben, zuerſt eine präjudicielle über die Exiſtenz des ſtreitigen Rechts, ſodann eine condemnatoriſche oder abſolutoriſche, je nachdem die Reſtitution verweigert oder erfolgt war. Zur Bezeichnung der dem Kläger günſtigen präjudiciellen Sentenz dienen die Ausdrücke: „judicium facere secundum petitorem“ [1]), „judicare secundum petitorem“ [2]), „judicare adversus possessorem“ [3]), „pronunciare rem actoris esse“ [4]), „pronunciare secundum actorem“ [5]), „pronunciare contra possessorem“ [6]), „dominii actoris fundum pronunciare“ [7]), „sententia declarare rem actoris esse“ [8]). Aehnliche Ausdrücke kommen für die dem Verklagten günſtige Sentenz vor, die ich jedoch hier zuſammenzuſtellen nicht für nöthig erachte, weil nach einer ſolchen Entſcheidung das uns beſonders intereſſirende Arbitrium de Reſtituendo nicht vorkommt [9]).

Daß nun bei dinglichen Klagen dem Juſſus de Reſtituendo ein Präjudicium vorausgehe, bei den übrigen arbiträren Klagen dagegen etwas Aehnliches nicht vorkomme, iſt jetzt zu beweiſen.

Zuerſt von der Eigenthümlichkeit der dinglichen Klagen.

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 35. §. 1. de R. V.

Ubi autem alienum fundum petii, et judex sententia declaravit meum esse, debet etiam de fructibus possessorem condemnare: — — alioquin, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui.

Dieſe Stelle iſt von einem der ſpätern Juriſten, und ſchon darum die Wahrſcheinlichkeit nicht groß, daß ihr das Verfahren per Spon-

---

[1]) L. 58. de R. V.

[2]) L. 57. eod.; l. 57. de H. P.

[3]) L. 20. §. 6. eod.; l. 3. §. 3. de rebus eorum, qui sub tut.; §. 2. I. de off. jud.

[4]) L. 40. §. 2. de procur.; l. 15. de exc. rei jud.

[5]) L. 11. §. 3. de jurejur.; l. 30. §. 1. de exc. rei jud.

[6]) L. 3. §. 3. de rebus eorum, qui sub tutela.

[7]) L. 6. §. 2. de confessis.

[8]) L. 35. §. 1. de R. V.

[9]) Vergl. z. B. l. 43. de H. P.; l. 9. pr. de exc. rei jud.; l. 5. C. de H. P.; §. 2. I. de off. judicis.

ſionem zu Grunde liege. Aber auch die Bezeichnung der präjudicielen Sentenz paßt gar nicht für jenes Verfahren, welches einen Ausdruck wie „sponsione vincere“ verlangt haben würde [1]). Steht nun feſt, daß Paullus von der Formula petitoria handelt, ſo iſt der Beweis geliefert, daß er einen Unterſchied zwiſchen der erſten Sentenz und dem Reſtitutionsbefehle macht, da er dieſen offenbar als eine Folge von jener betrachtet.

Alfenus libro VI. Dig. in l. 57. de R. V.

Is, a quo fundus petitus erat, ab alio ejusdem fundi nomine conventus est. Quaerebatur, si alterutri eorum jussu judicis fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem res judicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret? Respondi: uter prior judex judicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum praestare.

Der Beſitzer eines Grundſtücks iſt von Zweien zu gleicher Zeit mit der Eigenthumsklage belangt worden. Es iſt möglich, daß Beide ihr Eigenthum beweiſen: wie entgeht er in dieſem Falle dem doppelten Schaden, da er dem Einen die Sache reſtituiren, dem Andern die Litis Aeſtimatio zahlen muß? Der Richter, welcher zuerſt urtheilt, d. h. „secundum petitorem judicat“, ſoll die Reſtitution unter der Bedingung anbefehlen, daß der Sieger dem Verklagten wegen des möglichen Siegs des andern Klägers Sicherheit ſtelle. Auch hier folgt der Reſtitutionsbefehl dem Judicate nach; und da Beides als von demſelben Richter ausgehend gedacht wird, ſo iſt es wahrſcheinlich, daß nur ein Judicium angeordnet, d. i. die Formula petitoria gegeben war. Doch bleibt bei dieſer Stelle allerdings die Möglichkeit eines Sponſionsverfahrens, in welchem die Formula Sponſionis und das Arbitrium an Einen Richter verwieſen ſind.

§. 2. I. de officio judicis.

---

[1]) Gai. IV. 92, 165.

Et si in rem actum sit, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere eum debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus.

Diese Stelle ist wieder ganz entscheidend, da der zu beweisende Gegensatz auf's Klarste hingestellt ist, im just. Rechte aber sich nirgends das Sponsionsverfahren in practischer Geltung findet. Zugleich hat sie ein besonderes Interesse dadurch, daß sie die Nothwendigkeit einer Absolution für den Fall beweist, wenn das Eigenthum oder Erbrecht des Klägers aberkannt worden ist[1]).

Wenden wir uns nunmehr zu den persönlichen Arbitria, so wird freilich aus dem bloßen Mangel einer ähnlichen Ausdrucksweise noch keineswegs mit Sicherheit gefolgert werden können, daß im römischen Processe eine erste Sentenz, dem Restitutionsbefehle verausgehend, nicht gefällt worden sei. Wohl aber wird dieser Beweis als erbracht angesehen werden müssen, wenn diejenigen Anwendungen, welche das röm. Recht von jener ersten Sentenz bei den Vindicationen macht, bei den übrigen Arbitria entweder gar nicht gefunden, oder von dem Endurtheile gemacht werden. So ist es insbesondere mit der Frage, wann der Verklagte die Facultas restituendi haben müsse.

1) Für die Eigenthumsklage beantwortet diese Frage eine Stelle des Paullus.

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 27. §. 1. de R. V.

Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore, et quo res judicatur. Quodsi litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur, sine dolo malo amisit pos-

---

[1]) Die Glosse ad l. 14. §. 11. quod metus c. Bartolus eodem und Andere nehmen bei allen arbiträren Klagen zwei Sentenzen an, als erste den Restitutionsbefehl, als zweite die Geldcondemnation. In den entgegengesetzten Fehler verfällt A. Faber: Conj. XVI. 17., wenn er überall das Dasein zweier Sentenzen läugnet. Die Eigenthümlichkeit der dinglichen Klagen wird anerkannt von Donellus: Comm. jur. civ. XIX. c. 14. p. 425.; Ribbentrop a. a. O. S. 37—40; Keller: L. C. und Urtheil S. 215; Zimmern: R. G. Bd. III. §. 65. N. 5.; Arndts: Beiträge S. 61.

sessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur, possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur.

Der Verklagte müsse, sagt Paullus, damit des Klägers Eigenthum anerkannt werden könne, zur Zeit der L. C. und des Urtheils besitzen; doch sei die Zeit des Urtheils entscheidend, so daß, wer zu dieser besitze, auch wenn er früher nicht besessen habe, condemnirt, wer zu dieser Zeit nicht besitze, auch wenn er früher besessen habe, absolvirt werde[1]). Aeußerlich stimmen hiermit die bei persönlichen Klagen geltenden Grundsätze vollkommen überein; nur bei der Frage, was unter dem Urtheile zu denken, tritt ein wesentlicher Unterschied hervor. In der Stelle des Paullus nämlich ist das Judicat eben die über das Eigenthum zu fällende Sentenz, wie sich nicht nur aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, welcher „judicare" im Gegensatze zu dem auf Geld gerichteten „condemnare" gebraucht, sondern auch daraus ergiebt, daß wenn nach dem Präjudicium der Streitgegenstand zufällig untergegangen, also der Besitz verloren ist, der Verklagte dennoch auf den Grund seiner Mora verurtheilt wird[2]).

Der Zeitpunct der richterlichen Anerkennung des Eigenthums ist aber in Rücksicht auf den Besitz deshalb von so entscheidender Wichtigkeit, weil in ihm die Verpflichtung zur Restitution des Streitgegenstandes verfällt, und dies ohne die Facultas restituendi nicht möglich ist. Hat sich also der Richter überzeugt, daß es dem Verklagten am Besitze fehle, so absolvirt er ihn, auch wenn der Beweis des Eigenthums bereits erbracht sein sollte. Hiermit scheint nun aber eine Stelle Ulpian's in geradem Widerspruche zu stehen, in welcher vom Richter des Klägers Erbrecht anerkannt worden ist, ohne daß der Verklagte besaß (cum nihil possideres).

---

[1]) In anderer Beziehung hat auch wieder die L. C. entscheidende Bedeutung, insofern nämlich, als wenn der Verklagte zu jener Zeit besaß, er für jede dolose Einwirkung einsteht.

[2]) Dies wird unten nachgewiesen werden.

Ulp. libro LXXV. ad Ed. in l. 9. pr. de exc. rei jud.

Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde ubi coeperis possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit (Vulg. fuerit) judicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.

Der Gedankengang dieſer Stelle iſt wegen der ungemeinen Kürze des Ausdruckes nicht ganz leicht zu verfolgen. Ulpian wirft die Frage auf, ob die Exceptio Rei judicatâ der H. P. entgegengeſtellt werden könne, wenn der Grund der frühern Zurückweiſung derſelben Klage nicht in dem Mangel der rechtlichen, ſondern in dem der factiſchen Vorausſetzungen derſelben, d. i. des Beſitzes liege. Dieſe Frage verneint der Juriſt allgemein (non nocere exceptionem). Er unterſtellt aber dabei zwei Möglichkeiten, die wir noch weiter zu unterſuchen haben. Entweder ſei der Verklagte, ſagt er, wegen Mangels des Beſitzes abſolvirt worden, oder der Richter habe des Klägers Erbrecht durch ein Urtheil anerkannt. Der erſte Fall iſt der gewöhnliche, und ſteht mit der Regel des Paullus in vollem Einklange [1]); wie aber verhält es ſich mit dem andern, bei dem ſich ein doppeltes Bedenken erhebt: das eine, wie ohne Beſitz das Erbrecht habe anerkannt werden können, das andere, was den Kläger von Neuem zu klagen (da er doch geſiegt), und was den Verklagten ſich auf das ſcheinbar dem Gegner günſtige Reſultat zu berufen veranlaßt habe. Hierauf antwortet Ulpian im folgenden Paragraphen:

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit: re secundum petitorem judicata, an restituere cogatur? Et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum oportere de re secundum se judicata.

---

[1]) In dieſem Falle wird gegen die wiederholt angeſtellte Klage gar keine Exc. Rei jud. gegeben. Vergl. l. 17. und 18. de exc. rei jud.; l. 8. pr. ratam rem dom. habit.

Das erste Bedenken lösen die Worte im Anfange: „quem putabat se possidere.“ Der Verklagte besaß also nicht; er glaubte aber zu besitzen, und hatte darum diese Voraussetzung der richterlichen Anerkennung des Eigenthums zugestanden. Als nach der Hand die Restitution verlangt wurde, stellte sich der Mangel des Besitzes heraus; was hatte nunmehr der Verklagte zu thun, um der Verurtheilung in die Litis Aestimatio vorzubeugen? Er mußte darthun, daß er geirrt, daß er in dem Augenblicke, wo die Präjudicialsentenz gefällt worden, ohne seine Schuld nicht besessen habe. Und der Erfolg dieses Beweises mußte die nun noch erfolgende Absolution sein. So war nun der Kläger durch den spätern Erwerb des Besitzes von Seiten des Verklagten (mox emerit) veranlaßt, von Neuem zu klagen; so konnte der Verklagte, auf das letzte Urtheil gestützt, dieser neuen Klage eine Einrede, der Kläger aber mit Hinweisung auf die Präjudicialsentenz dieser Einrede eine Replik (de re secundum se judicata) entgegensetzen [1]).

Das Resultat also ist dieses. Bei dinglichen Klagen muß der Besitz in dem Augenblicke vorhanden sein, in welchem das streitige Recht zu Gunsten des Klägers anerkannt werden soll [2]).

Wie heißt es dagegen bei persönlichen Klagen, welche auf Restitution oder Exhibition gehen?

Bei der Actio ad Exhibendum soll der Richter den Verklagten auch dann condemniren, wenn er zur Zeit der L. C. den Besitz gehabt, dann verloren, aber alsbald wieder gewonnen [3]); oder wenn er erst nach der L. C., jedoch vor der Sentenz zu besitzen angefangen

---

[1]) Mit Erklärung der l. 9. §. 1. cit. beschäftigt sich hauptsächlich die Schrift Ribbentrop's: Comm. ad l. 16. §. 5. de pign. et l. 9. §. 1. de exc. rei jud. Goett. 1824. Bei ihm (§. 6. und 7.) findet man auch die ältere Litteratur über diese Stelle, so wie eine weitere Begründung der Erklärung, die ich im Texte angenommen habe.

[2]) Auch l. 36. §. 4. de H. P. (Paullus) spricht diesen Satz aus: „Quo tempore locupletior esse debeat b. f. possessor, dubitatur. Sed magis est, rei judicatae tempus spectandum esse.“

[3]) L. 7. §. 6. ad exhib.

habe[1]). Scheinbar können wir also ganz so wie bei der R. V. sagen, der Verklagte müsse zur Zeit der L. C. und der Sentenz besitzen, jedoch mit vorwiegendem Einflusse des letzteren Zeitpunctes. Allein unter der Sentenz ist hier weder der Restitutionsbefehl, noch eine dem vorausgehende Anerkennung des klägerischen Rechtes zu verstehen. Gleich als ob Ulpian diesen Irrthum habe verhüten wollen, fügt er obiger Entscheidung einen Ausspruch des Pomponius bei, der dahin lautete:

Utroque tempore ejus, qui ad exhibendum egit, interfuisse oportere, rem ei restitui: hoc est, et quo lis contestetur, et quo sit condemnatio[2])

Da der Ausdruck „utroque tempore" auf die vorher erwähnten Momente der L. C. und der Urtheilsfällung zurückbezogen wird, durch den nachfolgenden Zusatz aber näher bestimmt werden soll, so folgt, daß unter der Sentenz die Condemnation, d. i. das auf Geld gerichtete Urtheil, welchem der Exhibitionsbefehl vorausgeht („condemnari eum oportere, nisi retituat") zu verstehen ist.

Ebenso heißt es nun in Beziehung auf die Actio Depositi.

Ulpian. libro XXX. ad. Ed. in l. 1. §. 21. depos.

Idem Neratius ait, quamvis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clusis, tamen si ante condemnationem restituendi facultatem habeas, condemnandum te, nisi restituas[3]).

Was die Actio quod Metus causa anbelangt, so können die aufgestellten Grundsätze nur dann zur Anwendung kommen, wenn die Klage gegen denjenigen angestellt wird, welcher durch die Gewalt bereichert ist, ohne sie selbst begangen zu haben. Denn der Gewaltthäter haftet unbedingt wegen des von ihm begangenen Delicts. Doch finden wir auch für erstern keine so bestimmt lautende Regel wie für den Depositar und den mit der Actio ad Exhibendum Belangten.

[1]) L. 7. §. 4. eod.
[2]) L. 7. §. 7. eod.
[3]) Vergl. auch l. 14. §. 1. depos.

Dagegen fehlt es auch hier nicht an Stellen, welche beweiſen, daß der Arbiter nur eine Sentenz gefällt habe, die, durch welche der Verklagte bei verweigerter Reſtitution in's Vierfache verurtheilt wurde.

Ulp. libro XI. ad. Ed. in l. 14. §. 4. quod met. causa.

Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam, restitutionem secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, jure meritoque quadrupli condemnationem patietur.

Die Sentenz, bis zu welcher die Reſtitution geſchehen darf, iſt keine andere, als die Condemnatio Quadrupli. Wollte man hieran zweifeln, und die „sententia ab arbitro data“ für ein Präjudiz halten, ſo würde zwiſchen dieſem und der Condemnation eine Zeit liegen, in welcher nicht reſtituirt werden könnte, während man die Reſtitution verlangen würde, ehe noch die Reſtitutionspflicht feſtgeſtellt worden wäre.

2. Unter Umſtänden tritt bei arbiträren Klagen, obſchon die Reſtitution weder geſchehen, noch auch unmöglich geworden iſt, doch eine Condemnation nicht ein. So iſt es, wenn z. B. wegen Abweſenheit des Streitobjects oder wegen ſonſtiger Hinderniſſe nicht ſofort reſtituirt werden kann. Hier legt der Richter dem Verklagten Caution wegen demnächſtiger Reſtitution auf, und ſpricht ihn, wenn ſie geleiſtet, von der Klage los. Fragt es ſich nun, nach welchem Zeitpuncte die Vorausſetzungen für die Auflage einer ſolchen Caution zu beurtheilen ſeien, ſo bezeichnen die römiſchen Juriſten für die R. V. und H. P. ſehr beſtimmt den der erſten Sentenz.

Ulp. libro XV. ad Ed. in l. 16. pr. de H. P.

Quodsi in diem sit debitor, vel sub conditione, a quo petita est hereditas, non debere eum damnari: rei plane judicatae tempus spectandum esse secundum Octaveni sententiam, ut apud Pomponium scriptum est, an dies venerit. Quod et in stipulatione condicionali erit dicendum. Si autem non

venerit, cavere officio judicis debeat (Hal. debebit) de restituendo hoc debito, cum dies venerit, vel condicio exstiterit.

Die H. P. kann auch gegen denjenigen angestellt werden, welcher Schuldner der Erbschaft ist, sofern er selbst Erbe zu sein behauptet. Ist nun die Schuld eine bedingte oder betagte, so kann, wenn des Klägers Erbrecht durch den Juder anerkannt worden ist, nicht sofortige Restitution, d. h. sofortige Zahlung anbefohlen werden; vielmehr verspricht der Verklagte, nach eingetretenem Termine oder Bedingung die Zahlung leisten zu wollen.

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 27. §. 4. de R. V.

Si per filium pater vel dominus possideat, et is sine culpa patris dominive rei judicandae (Hal. et Vulg. vindicandae) tempore absit: vel tempus dandum, vel cavendum est de possessione restituenda.

Die Vulgathandschriften lesen „vindicandae" statt „judicandae". Aber abgesehen davon, daß die oben abgedruckte Stelle Ulpian's für die Lesart der Florentina zeugt, ist diese schon darum vorzuziehen, weil der Zeitpunct der Vindication gar nicht als ein bestimmter gedacht werden kann. Das zwiefache Auskunftsmittel aber, dessen Paullus erwähnt, steht ohne Zweifel in Bezug zu dem Zeitraume, innerhalb dessen die Beseitigung des fraglichen Hindernisses erwartet wird. Ist dieser so kurz, daß bis zu seinem Ende die Proceßverjährung nicht abläuft, so reicht die Gestattung einer einfachen Frist aus; wird ein größerer gefordert, so muß der Verklagte eine Cautio de Restituendo leisten [1])

Vergleichen wir hiermit die entsprechenden Bestimmungen über andere arbiträre Klagen, so finden wir nirgends eine solche Hinweisung auf einen bestimmten Moment des Processes, wie folgende Stellen beweisen mögen.

---

[1]) Andere weniger bestimmt sprechende Stellen sind l. ult. de R. V.; l. 16. §. 3. de pignoribus.

Paullus libro XXVI. ad. Ed. in l. 12. §. 5. ad exhib.
Si justa ex causa statim exhiberi res non possit, jussu judicis caveri debebit, se illo die exhibiturum.

Ulp. libro XXIV. ad Ed. in l. 5. §. 6. eod.

Item si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur: utputa si servus in fuga sit, ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem ejus pervenerit.

Idem libro XI. ad Ed. in l. 14. §. 5. quod metus causa.
Si servus in fuga est, aeque si cavero judicis officio, me si in meam potestatem pervenerit, restituturum, absolvi debebo.

In beiden hier unter 1. und 2. behandelten Beziehungen ſtellt ſich der Unterſchied zwiſchen dinglichen und perſönlichen Arbitria am Klarſten in einer Inſtitutionenſtelle heraus, welche zum Theil oben abgedruckt worden iſt[1]). Hier wird die R. V. neben der Actio ad Exhibendum behandelt; bei jener das Präjudicium dem Reſtitutionsbefehle vorausgeſchickt, bei bieſer nur der letztere erwähnt, und bei beiden Klagen in Verhinderungsfällen wieder dem Reſtitutionsbefehle die Auflage einer Caution gleichgeſtellt.

Wenn nun durch alles dies die Exiſtenz einer den dinglichen Klagen eigenthümlichen Präjudicialſentenz, welche mit dem Reſtitutionsbefehle nicht identiſch iſt, bewieſen wird, ſo darf man doch keineswegs glauben, es ſei etwa eine längere Friſt zwiſchen beide gefallen. Im Gegentheile, wir dürfen annehmen, daß der Richter an demſelben Termine, in welchem er des Klägers Eigenthum oder Erbrecht anerkannte, auch ſofort an den Verklagten einen Befehl zur Reſtitution des Streitobjects erlaſſen habe.

---

[1]) §. 2 und 3. I. de officio judicis.

Fortsetzung.

§. 19.

Haben wir bis dahin die Fällung einer präjudiciellen Sentenz allein aus historischem Gesichtspuncte betrachtet, so entsteht jetzt die Frage, welche practischen Folgen sich an dieselbe knüpften.

Die erste besteht darin, daß wenn das Eigenthum oder Erbrecht des Klägers anerkannt worden ist, gegen die R. V. und H. P. des Verklagten eine Exceptio Rei judicatâ gegeben wird. Wie aber kommt der Verklagte dazu, selbst klagend aufzutreten? Gewöhnlich liegt die Veranlassung in der geschehenen Restitution des Streitgegenstandes; bei Erbschaften insbesondere aber läßt sie sich auch so denken, daß einige Sachen im Besitze des Klägers, andere in dem des Verklagten waren, als auf die erste Klage gesprochen wurde. Denn hat der Kläger die gerichtliche Anerkennung seines Erbrechts erlangt, so wird der Verklagte, wenn er seinerseits wegen der von Anfang an in des Klägers Besitz befindlichen Sachen Klage erhebt, mit einer Einrede zurückgewiesen.

Gaius libro XXX. ad Ed. provinc. in l. 15. de exc. rei jud. Si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides (Vulg. possideas), quasdam ego: nihil vetat, et me a te, et invicem te a me hereditatem petere: quod si post rem judicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronunciatum sit; an contra: si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio: quia eo ipso, quo meam esse pronunciatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, tuam non esse: si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua [1]).

---

[1]) In derselben Anwendung thut der Exc. Rei judicatâ Ulpian in l. 40. §. 2. de procuratoribus Erwähnung.

Wie hier der Kläger das ihm günſtige Judicat durch eine Einrede geltend macht, ſo kann er ſich unter Umſtänden auch in Form einer Replik auf daſſelbe berufen. Doch iſt von dieſer Replica de Re ſecundum ſe judicata bereits im vorigen Paragraphen die Rede geweſen [1]).

Daß dem Vindicanten eine Einrede entgegenſteht, wenn er trotz einer Zurückweiſung von Neuem klagt, ſei es in der alten oder in neuer Form, z. B. auf einen Theil, während er früher auf's Ganze geklagt, oder mit der R. V., während er vordem mit der H. P. aufgetreten, iſt wenigſtens im Principe zu klar, als daß es beſonderer Ausführungen bedürfte.

Ich wende mich daher zu einer andern Wirkung des präjudiciellen Characters, welchen wir für das richterliche Erkenntniß über das Eigenthum und Erbrecht in Anſpruch genommen haben. Bekanntlich kann nach römiſchem Rechte nicht gegen jedes richterliche Decret, ſondern nur gegen ein wahres Judicat appellirt werden. Im ſpätern römiſchen Rechte iſt dieſer Satz in entſchiedener Geltung, wahrſcheinlich gehört er aber ſchon der Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz an, wie durch einen Schluß von der Ausnahme auf die Regel folgende Stelle Scävola's [2]) aus ſeinem vierten Buche der Regeln beweiſt:

Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit.

Wird alſo die Appellation gegen die gerichtliche Anerkennung des Eigenthums zugelaſſen, wie Macer, in l. 15. §. 6. qui satisdare cogantur ausſpricht,

Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde cum secundum te esset judicatum, appellaverim: an possessor ejus fundi sim. Et recte dicetur possessorem me esse, quia nihilominus possideo: nec ad rem pertinet, quod evinci mihi possessio possit.

---

[1]) Sie findet ſich in zwei Stellen l. 16. §. 5. de pignor., l. 9. §. 1 de exc. rei jud. Vergl. Ribbentrop a. a. O. §. 5. 6 und 7.

[2]) L. 2. de app. recip. vel non.

ſo iſt dies nur inſofern möglich, als die Römer von dem hier vertheidigten Geſichtspuncte eines wahren Judicats ausgingen.

Es drängt ſich aber weiter die Frage auf, wie es ſich mit der Exſecution jener Sentenz verhalte? ob der Richter den Verklagten zur Reſtitution des Streitobjects zwinge? Auch hier ſtimmt das neue Recht mit dem alten vollſtändig überein.

Wie es die arbiträre Natur unſeres Judicium erfordert, erläßt der Richter nach Feſtſtellung des Eigenthums oder Erbrechts einen Reſtitutionsbefehl, welcher dem Verklagten die Nothwendigkeit auferlegt, entweder darzuthun, daß er den Beſitz irrthümlich eingeſtanden, daß er ihn verloren[1]), oder bereits reſtituirt habe, — oder aber innerhalb einer ihm geſteckten Friſt[2]) die Reſtitution vorzunehmen. Thut er keines von beiden, ſo kommt es zur Schätzung des Streitgegenſtandes und in deren Erfolg zu einer Geldverurtheilung. Allein dieſe Schätzung iſt nicht die Feſtſtellung des wahren Werthes, durch den Ausſpruch unpartheiiſcher Sachverſtändiger beſchafft, ſondern die vom Kläger ſelbſt ausgehende, nur durch ſeinen Eid beſchränkte Beſtimmung ſeines Intereſſe's, welche eben durch dieſe ihre Ungebundenheit einen indirecten Zwang zur freiwilligen Reſtitution des Streitobjects ausübt. Ein Zeugniß für die Zuläſſigkeit des Juramentum in Litem im Falle der Contumacia bei dinglichen Klagen geben aber folgende Stellen:

Paullus libro XIII. ad Sabinum in l. 2. §. 1. de in litem jur.

— — cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis (punitur), quanti in litem actor juraverit, aestimatur.

Idem libro LXXVI. ad Ed. in l. 73. de fidejuss.

Procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem do-

[1]) Hatte der Verklagte den Beſitz verloren, aber durch ſeinen Dolus, ſo fand allerdings eine Abſolution nicht Statt, allein die Condemnation geſchah nicht aus der Clauſula Jud. ſolvi, ſondern aus der Cl. de Dolo, wie ſich unten zeigen wird.

[2]) L. 6. §. 2. de confessis: — — „ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituendam rem.“

minum habiturum: postea victo eo, dominus reversus, iterum de eadem re agitabat (Vulg. agebat): et cum reus haberet possessionem, et noluit eam restituere, et ideo magno condemnatus est: in amplius fidejussores non tenentur: hoc enim non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam poenam praestitit [1]).

Im Vergleiche mit der vorigen Stelle läßt der Ausdruck „magno condemnari" keine andere Erklärung als die einer Verurtheilung in die eidliche Schätzungssumme zu, welche hier wie dort eine Strafe des Verurtheilten genannt wird.

Neben dem Juramentum in Litem muß aber die gewaltsame Durchsetzung des Judicats seitens des Klägers laut der oben gerade aus dieser Periode angeführten Zeugnisse als fortdauernd gedacht werden, so wie kein Grund zu der Annahme vorhanden ist, daß in dem neuen Verfahren eine richterliche Exsecution, auf Restitution des Streitgegenstandes gerichtet, zulässig geworden sei. Im Gegentheile, für die Verneinung der Frage tritt jetzt ein weiterer Grund hinzu. Da durch die Formula petitoria der ganze Proceß bis zur Geldverurtheilung der Cognition des Arbiter überlassen ist, so müßte in dessen Officium auch die Naturalexsecution liegen, sofern sie überhaupt gestattet würde. Nun ist es aber unbestritten, daß im alten Ordo Judiciorum dem ernannten Richter keinerlei ausübende Gewalt zusteht, mithin der Beweis erbracht, daß zur Zeit der classischen Juristen, welche die Theilung des Verfahrens in unveränderter Geltung kennen, überhaupt eine unmittelbare Exsecution der des Klägers Eigenthum anerkennenden Sentenz nicht gedacht werden kann.

Dies bestätigen zunächst die oben mitgetheilten Stellen des Paullus, welche als Strafe der Contumacia nur das Juramentum in Litem kennen, ohne der Naturalexsecution Raum zu lassen [2]).

---

[1]) Vergl. auch l. 16. §. 3. de pign.; l. 21. C. de R. V.

[2]) Auf dieses Argument legt Savigny: System Bd. V. S. 123. N. e. besonderes Gewicht.

Ferner ſprechen aber hierfür alle ſonſtigen Nachrichten, welche über das gewaltſame Einſchreiten des römiſchen Gerichtsperſonals auf uns gekommen ſind. So oft die Juriſten deſſelben Erwähnung thun, ſind es prätoriſche Befehle, welche eine gewaltſame Durchführung erheiſchen, weil andere Mittel keinen Erfolg würden haben können. Hat der Prätor wegen Damnum infectum den Nachbar in den Beſitz des baufälligen Hauſes geſetzt, ſo unterſtützt er ihn mit Waffengewalt, wenn ſeine Zulaſſung verweigert wird [1]). Ebenſo wenn der Legatar in die Erbſchaftsgüter immittirt iſt wegen verweigerter Cautio Legatorum ſervandorum cauſa [2]). Denn in beiden Fällen würde die Schätzung des dem Immiſſus durch die Zurückweiſung verurſachten Schadens darum nicht immer möglich ſein, weil die Miſſio wegen eines noch nicht eingetretenen Nachtheils ſicher ſtellen ſollte. Anders ſpricht ſich aus dieſem Grunde Ulpian in einem ſonſt ganz ähnlichen Falle aus. Der Prätor hatte im Edicte verſprochen, er wolle, wenn eine Wittwe Ventris Nomine Miſſio in Poſſeſſionem erhalten, die Güter aber an Dritte hinterliſtig überliefert habe, dieſe zwingen, den Beſitz zu verlaſſen und an die rechtmäßigen Erben zurückzuerſtatten. Der Ausdruck, deſſen ſich der Prätor bedient („decedere cogam"), konnte zu der Meinung verleiten, es werde ſofort mit Waffengewalt eingeſchritten werden. Ulpian aber erklärt, dies ſei zwar nicht ganz unzuläſſig; da jedoch mit einer auf Schätzung gerichteten Klage die Intereſſen der Erben hinlänglich geſichert ſeien, ſo werde der Prätor einen weiſern Gebrauch von ſeiner Gewalt machen, wenn er den Kläger in's ordentliche Verfahren verweiſe [3]). Bleiben wir einmal bei dieſem Maaßſtabe ſtehen, ignoriren wir für einen Augenblick die Dazwiſchenkunft eines mit keinem Im-

[1]) L. 15. §. 23. damni inf. (Ulp.)

[2]) L. 3. pr. §. 1. ne vis fiat ei, qui in poss. (Ulp.); l. 5. §. 27. ut in poss. legat.

[3]) Ulp. in l. 1. §. 2. si ventris nomine: „Necessario Praetor adjecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere. Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit". Dieſe Stelle dient zugleich zur Wi-

perium verſehenen Juder, welchen verſtändigen Grund konnte man haben, von der Geltendmachung eines Spruches über Eigenthum und Erbrecht anders zu urtheilen? mußte nicht auch hier die durch das Juramentum in Litem ſo reichlich zu gewährende Entſchädigung als ausreichend betrachtet werden? Ja gerade für einen Fall, welcher ſich von den gewöhnlichen Klagen auf Reſtitution nur dadurch unterſcheidet, daß extra Ordinem verfahren, alſo kein Juder beſtellt wird, iſt die Einwirkung eines mit der Exſecution beauftragten Unterbeamten ausdrücklich auf die dringlichſten Umſtände beſchränkt.

Ulp. libro I. de officio Consulis in l. 82 de judiciis.

Nonnumquam solent magistratus populi Romani viatorem nominatim vice arbitri dare: quod raro et nonnisi re urgente faciendum est.

In der Ueberſchrift dieſer Stelle lieſt Haloander „Proconsulis“ ſtatt „Consulis“; allein die Florentina ſowohl als die Vulgathandſchriften ſprechen für letztere Lesart [1]). Von Wichtigkeit iſt dies, weil wir durch die urſprüngliche Beziehung der Stelle auf die Verhältniſſe hingeleitet werden, welche ſie ſpeciell behandelte. Nun iſt bekannt, daß die Conſuln es waren, welche vom Kaiſer Auguſtus zuerſt mit Aburtheilung der Fideicommiſſe beauftragt wurden, daß ſich aber auch die ſtreitige Gerichtsbarkeit derſelben hierauf beſchränkte. Iſt alſo von einer Gerichtsbarkeit der Conſuln die Rede, ſo kann an einen andern Gegenſtand unmöglich gedacht werden. Der erweiterte Ausdruck „Magistratus populi Romani“ erklärt ſich zur Genüge aus den ſpätern Veränderungen, welche dieſer Zweig der Gerichtsbarkeit erlitt, indem die Fideicommiſſe in Rom einem eignen Prätor, in den Provinzen der ordentlichen Jurisdiction der Präſides zugewieſen wurden. Wenn nun auf Reſtitution eines Fideicommiſſes geklagt, und vom

derlegung Zimmern's (R. G. Bd. III. p. 198. Note 13.), welcher bei dem Ausdrucke cogere ſogleich an unmittelbaren Zwang denkt. Die Beziehung deſſelben auf indirecten Zwang kann durch unzählige Beiſpiele belegt werden. Ich erinnere nur an „jurare cogam“, cogere multis et pignoribus“.

[1]) Auch Cuj. ad h. l. (tom. VII.) bleibt bei der Lesart der Flor. ſtehen.

Verklagten ein Geständniß abgelegt war, so wurde sowohl zur genauern Bestimmung des Gegenstandes als zum Zwecke der Schätzung ein Arbiter ad Restituendum gegeben [1]). Und ohne Zweifel trat dasselbe ein, wenn der Magistrat auf geschehenes Läugnen die Pflicht zur Zahlung des Fideicommisses durch ein Decret festgestellt hatte. — Der Regel nach mußte man damit ausreichen; doch ließen sich Umstände denken, welche eine unmittelbare Execution gegen die in der Erbschaft befindlichen Sachen höchst wünschenswerth machten. Der Erbe war z. B. arm, und zur Restitution einer großen Erbschaft verpflichtet; da er aber den zweifelhaften Erwerb nicht schonte, so war zu befürchten, er werde die Schätzungssumme zu zahlen nicht im Stande sein. Hier nun sollte der Magistrat statt des Arbiter einen Viator mit dem Auftrage bestellen, die Gegenstände des Fideicommisses für den Kläger in Natur beizutreiben. Denn in den Basiliken heißt der Viator ἐκβιβαστὴς, was in einer andern Stelle [2]) die Uebersetzung von „exsecutor" ist. Der Executor aber gehört zu den Unterbeamten der Magistrate, und kommt, wie sich gleich zeigen wird, in kaiserlichen Constitutionen namentlich bei Klagen vor, welche auf Restitution gerichtet sind, um diese zu bewerkstelligen [3]).

Beruhte die Möglichkeit eines solchen Verfahrens auf der bei Fideicommissen gebräuchlichen extraordinaria Cognitio, so mußte dasselbe nach Auflösung des Ordo Judiciorum bei allen arbiträren Klagen Eingang finden können. Hatte also der Magistrat das Eigenthum, das Erbrecht des Klägers anerkannt, so durfte er einen Executor geben, welcher den Streitgegenstand vom Verklagten beitrieb, selbst mit Waffengewalt. Hieraus erklärt sich ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [4]).

Si longis apertisque frustrationibus partis adversae restitutio remorata est, etiam servis rebus humanis exemtis: a frustratore

[1]) L. 7. de confessis.

[2]) L. 75. de judiciis.; Bas. VII. 5. 69.

[3]) Vergl. Bethmann-Hollweg, Handbuch Bd. I. S. 192. Note 6. Ueber den Viator ist auch §. 24. I. de actt. verbis: „viatores id est exsequutores litium" zu vergleichen.

[4]) L. 7. C. de exsecut. rei jud.

a stimatio eorum restituenda est. Animalia quoque cum foetibus tibi intercessu Praesidis repraesentabuntur.

Es kommt zunächſt darauf an, in welcher Weiſe das „repraesentare“ zu verſtehen ſei? Ohne Zweifel nicht in der gewöhnlichen Bedeutung, weil von der Zurückbeziehung einer erſt nach der Zeit fälligen Leiſtung keine Rede iſt. Wohl aber paßt eine andere ſehr gut in den Zuſammenhang, wornach es ſoviel iſt, als „praesentiam alicujus rei facere“. So ſagt man repraesentare sese [1]), repraesentare quae fisco pensitanda sunt [2]), designatum olei pondus [3]), in den beiden letzten Beiſpielen ſtatt dare, numerare. Alsdann beſtimmt der Schluß der Stelle, daß durch Beihülfe des Präſes dem Kläger die ihm zugeſprochenen, wahrſcheinlich zu einer Erbſchaft gehörigen Thiere mit ihren Jungen reſtituirt werden ſollen.

Noch näher geht auf das beſchriebene Verfahren ein Reſcript der Kaiſer Valens, Gratian und Valentinian ein [4]). Hier iſt von der Appellation gegen die Uebergriffe eines Exſecutor die Rede, welcher zur Durchſetzung der Reſtitution von ſtreitigen Objecten gegeben iſt (si res mobilis sit, ad quam restituendam exsecutoris opera fuerit indulta), und verordnet worden, daß bewegliche Sachen dem Beſitzer abgenommen und für die Dauer der Appellationsproceſſe einem Sequeſter überliefert (bei Grundſtücken nur die Früchte), vom Sequeſter aber nach entſchiedener Sache an den Sieger reſtituirt werden ſollen. Wieſe in dieſem Reſcripte nicht ſchon die Darſtellung der thatſächlichen Verhältniſſe auf die Inſtruction des Exſecutor hin, ſo würden wir jedenfalls den Sinn derſelben aus dem an den Sequeſter ertheilten Auftrag zu erkennen im Stande ſein. Denn wenn die Thätigkeit des Exſecutor in oberer Inſtanz gutgeheißen, und demzufolge das Streitobject an den Kläger reſtituirt wird, ſo muß doch die gehemmte Thätigkeit des Exſecutor eben auf Reſtitution des Streitobjects an den Kläger gerichtet geweſen ſein.

---

[1]) L. 15. §. 1. ad legem Iul. de adult.; l. 8. C. quomodo et quando judex.

[2]) L. 7. C. de rer. permut.

[3]) L. 1. C. de fundis patrim.

[4]) L. 5. C. quorum appellationes.

Wir haben alſo gefunden, daß bei der extraordinaria Cognitio, welche nach Auflöſung des Ordo Judiciorum allgemein wurde, die Naturalexecution obwohl immer nur ausnahmsweiſe geſtattet, daß dagegen im Formularproceſſe in keiner Weiſe für dieſelbe Raum war. In geradem Widerſtreite ſteht nun aber mit dieſem Reſultate eine berühmte Stelle Ulpian's, deren Betrachtung ich bis zu Ende verſchoben habe.

Ulp. libro LI. ad Ed. in l. 68. de R. V.

Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse[1]) restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur: et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est: et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.

Dieſer Stelle gegenüber werden ſich diejenigen, welche die Annahme der Naturalexecution für die Zeit der claſſiſchen Jurisprudenz verwerfen, immer in eigenthümlicher Verlegenheit finden. Handelte es ſich um das ſpätere Kaiſerrecht, ſo wäre die Sache vollkommen klar: der Juder, welcher den Reſtitutionsbefehl erläßt, wäre kein anderer, als der ordentliche Magiſtrat ſelbſt, und das „officium judicis“ die mit der Execution beauftragten Officialen des Magiſtrates. Für die Zeit Ulpian's aber leidet dieſe Auffaſſung nur auf einen Fall Anwendung, auf das bei Fideicommiſſen Statt findende Verfahren. In der That ſteht aber auch Nichts im Wege, der Stelle gerade dieſe Beziehung zu geben, und nur die am Schluſſe ausgeſprochene Verallge-

[1]) Mehrere Vulgathandſchriften ſchieben vor „non“ ein se ein; Bynkershoek: Obs. III. 14. ſchlägt vor, das se in posse zu geminiren.

meinerung einer spätern Hand zuzuschreiben. Ja wir werden hierauf ausdrücklich hingewiesen einestheils durch ihre ursprüngliche Stellung im 51sten Buche zum Edicte, welches von den Fideicommissen handelt [1]), anderntheils dadurch, daß auch die dinglichen Klagen erst im Schlußsatze genannt sind.

Unterstellt man dagegen den Formularproceß, so bleibt es dabei, daß der Juder kein Imperium hat,und auch der Magistrat während des Judicium einzugreifen nicht berechtigt ist. Mit diesen Voraussetzungen aber ist Ulpian's Stelle nur durch Annahme einer Interpolation zu vereinigen. Diese hat man mitunter in unzureichender Weise aus der Stelle selbst nachzuweisen gesucht [2]); solche Versuche sind mit Glück und Gründlichkeit widerlegt worden [3]). Umgekehrt aber zu behaupten, der Gesammtcharacter und Zusammenhang der Stelle sei es, der das Gepräge der Aechtheit trage, scheint doch auch zuweit gegangen. Nehmen wir an, die Stelle sei in ihrer ursprünglichen Gestalt von dem Gegensatze zwischen Contumacia und Dolus auf der einen Seite, und Culpa auf der andern ausgegangen, so brauchte das erste Glied nur getheilt zu werden, um der Contumacia eine Auszeichnung vor dem Dolus zu geben. Daß dies mit Geschick geschehen, wer wird es läugnen, wer aber auch die Aufnahme einer so einfachen Anlage irgend wie staunenswerth finden. Auch die Erwähnung der Früchte und der Causa neben der Hauptsache ist treffend, aber vorgezeichnet fand sich dieselbe doch in andern Fällen, namentlich in dem des zufälligen Untergangs des Streitgegenstandes nach der L. C. und vor dem Urtheile [4]). Wenn man demnach, wie es in neuerer Zeit wieder Savigny [5]) gethan hat, eine Interpolation annimmt, so glaube ich denen gegenüber, welche die Einführung der Naturalexecution in die Zeit Ulpian's setzen [6]), noch besonders darauf aufmerksam machen zu

[1]). L. 71. de leg. I.; l. 64. de usufr.; l. 9. usufr. quemadm.

[2]) A. Faber: Conject. XVI. c. 17.

[3]) C. Bynkershoek: Obss. III. c. 14; Bethmann-Hollweg: Handbuch, Bd. I. S. 331. und 332.

[4]) Vergl. l. 79. de R. V.

[5]) Savigny: System Bd. V. S. 123.

[6]) Bethmann-Hollweg a. a. O. Puchta: Inst. Bd. II. S. 223. N. hh.

müſſen, daß in jener Stelle die Neuheit dieſer Einrichtung durch gar Nichts angedeutet wird [1]).

Vom Beſitze, als der factiſchen Vorausſetzung der Eigenthums- und Erbſchaftsklage.

§. 20.

Aus der Stellung, welche das neue Verfahren gegen die frühern Entwickelungsſtufen des Vindicationsproceſſes einnimmt, iſt gefolgert worden, der Beſitz ſei die factiſche Vorausſetzung der Eigenthums- und Erbſchaftsklage. Das will ſo viel ſagen. Wie bei irgend einem andern Rechte dem Verklagten eine Rechtsverletzung nachgewieſen werden muß, wenn die Klage gegen ihn gerichtet werden ſoll, ſo kann auch mit unſern Klagen nur derjenige belangt werden, welcher dem Kläger die Ausübung des Eigenthums oder Erbrechts, d. i. den Beſitz entzogen hat. Da alſo der Beſitz ein Theil der Klagbegründung iſt, ſo muß er in Judicio dargelegt und bewieſen werden.

Dies iſt es, was zunächſt aus den Quellen nachgewieſen, und gegen etwaige Einwendungen feſtgeſtellt werden ſoll.

Mit beſonderer Erwähnung der petitoriſchen Formel weiſt folgende Stelle die Unterſuchung des Beſitzes dem Juder zu.

Gaius libro VII. ad Ed. prov. in l. 36. pr. de R. V.

Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere [2]) debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere.

Der Kläger ſoll alſo vor Anſtellung der Klage nachforſchen, ob der Verklagte beſitze, damit er nicht umſonſt ſich bemühe, d. h. der Ver-

---

[1]) Die Neuern ſprechen ſich meiſt für die Zuläſſigkeit der Naturalexſecution aus. So Ribbentrop a. a. O. S. 4; Keller: L. C. und Urtheil S. 215; Zimmern Bd. III. S. 198.

[2]) Basil. XV. l. 36. *περιεργάζεσθαι*, was explorare, perscrutari bedeutet. Die Gl. ad h.l. bezieht das „requirere" fälſchlich auf die Interrogationes in Jure.

klagte als nicht beſitzend abſolvirt werde. Beſtimmter drückt dies Ulpian aus.

Ulp. libro XVI. ad Ed. in l. 9. pr. eod.

Officium autem judicis in hac actione hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat.

Auch iſt bereits oben gezeigt worden, daß der Verklagte zur Zeit der L. C. und des Judicates, wenigſtens in letzterm Momente beſitzen müſſe.

Nun kommt es aber allerdings vor, daß der Beſitz auch vor angeordnetem Judicium in Betracht gezogen wird. Und zwar in doppelter Hinſicht.

Erſtens: Wenn der Verklagte vorher eingeſteht, er beſitze, ſo kann er, auch ohne Beſitzer zu ſein, wie ein ſolcher verurtheilt werden. Allein hiermit hat es ſeine eigne Bewandtniß. Nicht aus dem Bekenntniſſe haftet der Verklagte, gleich als ob in Jure über den Beſitz verhandelt würde, — denn wie konnte es ſonſt geſtattet ſein [1]), das Bekenntniß vor der L. C. zurückzunehmen, — ſondern aus ſeinem Dolus, und daher nicht unbedingt, ſondern nur dann, wenn er den Kläger zu verleiten gedachte, einen falſchen Verklagten zu wählen, damit der wirkliche Beſitzer mittlerweile den Streitgegenſtand in Sicherheit bringe. Deshalb kam denn auch auf den Ort, wo er ſich zum Beſitzer bekannte, nichts an, nur zufällig war es, wenn erſt in Jure der Verſuch, jenen Irrthum zu erwecken, begonnen hatte. Und eben ſo wenig wurde die Klage formell dadurch geändert; wie irgend eine andere Thatſache wurde der Dolus in Judicio feſtgeſtellt, und dabei der Verklagte mit der Vertheidigung gehört, Kläger habe recht wohl den wahren Sachverhalt gekannt [2]). — Umgekehrt konnte

zweitens der Verklagte in Jure ſeinen Beſitz läugnen. Jedoch kam dieſe Behauptung nur ſoweit in Betracht, als in ihr eine Weigerung des Verklagten lag, ſich zu vertheidigen, d. h. Cautio Jud. solvi zu leiſten. Sie veranlaßte daher auch den Prätor keineswegs zu einer Unterſuchung des Beſitzes, ſondern erzeugte die Rechts-

[1]) L. 25. de R. V.: „nec videtur se liti | obtulisse, qui discessit". [2]) L. 26. eod.

mittel, welche gegen den Unvertheidigten gegeben wurden, und allerdings auch zur Feststellung dieses besondern Grundes der Weigerung Gelegenheit verschafften [1]). — Zwischen beiden Fällen scheint ein dritter zu stehen, welcher in einer Stelle des Paullus behandelt wird:

Paullus libro II. Quaest. in l. 20. §. 1 de interrog. in jure.
In jure interrogatus, an fundum possideat, quaero an respondere cogendus sit, et quota ex parte fundum possideat? Respondi, Javolenus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat: ut si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.

Es ist unbedenklich aus dem Vorausgehenden folgende Consequenz zu ziehen. Besitzt Jemand eine Sache nur zum Theile, verleitet aber den Eigenthümer, ihn für den alleinigen Besitzer zu halten, so wird er wegen seines Dolus in's Ganze verurtheilt; und umgekehrt, wer das Streitobject ganz besitzt, jedoch unter dem Vorgeben eines nur theilweisen Besitzes die Vertheidigung nicht vollständig übernehmen will, verliert an den Gegner den Theil, welchen zu besitzen er in Abrede stellt. Hier ist es also der Verklagte, welcher ohne fremden Antrieb schon vor Eröffnung des Judicium der Besitzesfrage eine eigenthümliche Bedeutung gegeben hat. Ganz anders stellt nun aber Paullus in vorliegender Stelle die Sache dar. Er legt unter Adoption einer Meinung des Javolenus dem Verklagten die Verpflichtung auf, auf die Frage, ob er einen Fundus besitze, zu antworten, zum wievielsten Theile er ihn besitze. — Schon Cujacius [2]) hat gefunden, daß diese Entscheidung mit den Grundsätzen, welche die römischen Juristen sonst über den Besitz bei dinglichen Klagen aufstellen, durchaus unvereinbar seien. Gibt man einmal dem Kläger das Recht, durch eine

[1]) L. 80. eod.

[2]) Cujac. ad h. l. (Opp. tom. V. p. 895). Die zahlreiche ältere Litteratur über die Zulässigkeit der Interrogationen im vorliegenden Falle findet man bei Aem. L. Hombergk zu Bach: Diss. de oblat. ad litem p. 11. 13.

Interrogatio in Jure die Besitzesfrage zu erledigen, so wird er jedes Mal diesen viel vortheilhaftern Weg dem Beweise des Besitzes in Judicio vorziehen. Denn bejaht der Verklagte die Frage, ob er besitze, so haftet er unbedingt, auch wenn er der That nach nicht besitzen sollte; verneint er sie, so bewirkt der Beweis des Besitzes die Translatio Possessionis, und befreit den Kläger also vom Beweise seines Rechtes. Bedenkt man zudem, daß Callistratus die Interrogationes in Jure als ein Institut bezeichnet, welches der persönlichen Klagen wegen eingeführt sei [1]), daß nach Ulpian's Ausspruche der Verklagte nicht zu sagen braucht, zu welchem Theile er Eigenthümer der vindicirten Sache sei [2]), so wird es gerechtfertigt erscheinen, wenn ich der Stelle des Paullus eine andere Beziehung gebe, als ihr die Compilatoren angewiesen haben. Die Entscheidung des Javolenus paßt nämlich sehr gut zu dem Verfahren per Sponsionem; hier ergab sich der Besitz des Verklagten schon daraus, daß dieser auf geschehene Occupation des streitigen Grundstücks sich stellte, sein Recht zu vertheidigen; die Frage nach dem Besitze wurde also so zu sagen durch die Verhältnisse selbst an den Verklagten gestellt, besonders da, wo der Eigenthümer der Occupation sich hatte bedienen müssen, weil er den Besitzer nicht kannte [3]). Durfte aber in solchen Fällen der Vindicant auf die Frage nach dem Besitze überhaupt eine Antwort verlangen, so mußte sich der Verklagte auch darüber erklären, zum wievielsten Theile er besitze; denn das Ganze kann in eine unendliche Zahl ideeller Theile aufgelöst gedacht werden, über deren jeden sich besonders streiten läßt. Und läugnete der Verklagte den Besitz eines dieser Theile (si minore ex parte possidere se dicat), so stand dem Vin-

[1]) L. 1. §. 1. de interrog. in jure.

[2]) Ulp. in l. 73. de R. V.: „In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte ejus sit: hoc enim petitoris munus est, non possessoris.

[3]) Aus dieser Unterstellung erklärt es sich auch, warum Paullus gerade bei'm Fundus die Frage aufwirft. Hier muß der Kläger öfter in Verlegenheit um den Besitzer sein, als bei beweglichen Sachen, welche durch die Custodia den Besitzer verrathen. Bei'm Fundus mag sich deshalb diese Einleitungsform länger erhalten haben.

dicanten wegen mangelnder Defenſion ein Interdict zu Gebote, durch welches jedenfalls der Beſitz zu befriedigender Erörterung gebracht wurde [1]).

Fortſetzung.

§. 21.

Bis dahin blieb die Frage unerörtert, wie denn der Beſitz des Verklagten beſchaffen ſein müſſe, wenn eine Beſtreitung des Rechts des Klägers darin liegen ſolle.

Die Eigenthumsklage, ſollte man denken, könne nur gegen den juriſtiſchen Beſitzer angeſtellt werden, weil nur dieſer den Animus Rem ſibi habendi habe, der dem bloßen Detentor abgeht. In der That ging dahin die Anſicht des Pegaſus und einiger andern Juriſten, welche die Anſtellung der Klage gegen den Depoſitar, gegen den Commodatar, gegen den Miether für unzuläſſig hielten. Ulpian dagegen nimmt an, auch der Detentor könne vom Eigenthümer belangt werden; und wie dieſe Anſicht die gangbarere war, ſo ſtellt ſie ſich bei genauerer Betrachtung auch als die richtigere dar [2]). Denn der Detentor übt eines Andern Beſitz nicht willenlos aus, ſondern mit dem Wiſſen und Willen, daß er für dieſen Andern beſitze. Zwar wird er vielleicht mit Worten des Klägers Eigenthum anzuerkennen bereit ſein, aber thatſächlich dies zu thun, die ſtreitige Sache ohne Weiteres dem Vindicanten zu reſtituiren, daran hindert ihn das Obligationsverhältniß, in dem er zu dem wahren Beſitzer ſteht. Würde nicht mit Recht der Vorwurf rechtwidrigen Benehmens denjenigen treffen, welcher auf bloße Behauptungen hin, ohne die Vertheidigung ſeines Auctors zu kennen, dem Vindicanten reſtituirt? In der That ſteht alſo auch der Detentor des Klägers Anſprüchen entgegen, und muß deshalb belangt werden können ohne Rückſicht darauf, daß auch

[1]) Eine höchſt ſonderbare Erklärung gibt Cujacius ad h. l. (tom. V. 897). Er nimmt an, ein Gläubiger habe gegen ſeinen Schuldner Miſſio in Bona erhalten, und bei dieſer Gelegenheit hinſichtlich eines Fundus die Frage geſtellt, ob er denſelben beſitze. — Ich brauche kaum zu bemerken, wie wenig Anlaß die Stelle ſelbſt zu einer ſolchen Vorausſetzung gibt.

[2]) Ulp. in l. 9. pr. de R. V.

einem Andern gegenüber die Klage zu Recht besteht. Der Detentor aber hatte die obligatorische Pflicht, sich des Beirathes seines Auctors zu bedienen, ehe ihm Constantin das Recht gewährte, sich durch Nennung desselben von der Verantwortlichkeit eines Verklagten, welcher den juristischen Besitzer vertritt, frei zu machen.

Eine Besonderheit ist es, daß die R. V. auch gegen denjenigen angestellt werden kann, welcher vor der L. C. arglistiger Weise den Streitgegenstand zu besitzen aufgehört hat. Die Arglist besteht darin, daß der Verklagte sich der Klage zu entziehen, vielleicht auch dem Vindicanten einen gefährlichern Gegner zu verschaffen gedenkt. Dadurch hat dieser Fall der Haftung eine auffallende Aehnlichkeit mit dem Inhalte der Actio, welche „propter alienationem judicii mutandi causa factam“ gegeben wird. Ja es ist nicht unwahrscheinlich, daß man durch jene Erweiterung der Eigenthumsklage eben nur die Zusammenziehung zweier Judicia beabsichtigte. Dafür spricht auf der einen Seite, daß der Verklagte der Actio in Factum entging, wenn er sich der Eigenthumsklage unterzog, gleich als ob er besitze [1]), auf der andern, daß die Eigenthumsklage in ihrer Richtung gegen denjenigen, „qui dolo desiit possidere“, den Character einer Delictsklage hat, und auf die Erben nicht übergeht [2]). Ganz anders verhält es sich in dieser Beziehung mit der Erbschaftsklage. Wenn der Besitzer von Erbschaftssachen dem Erben wegen doloser Veräußerungen haftet, welche vor die L. C. fallen, so liegt der Grund davon in einem gleichsam contractlichen Verhältnisse, das zwischen dem Besitzer und der Erbschaft

[1]) Gaius in l. 3. §. 5. de alien. jud. mut. c. facta: „Quid ergo est, si is, adversus quem talis actio competit, paratus sit, utile judicium pati, perinde ac si possideret? Recte dicitur, denegandam esse adversus eum ex hoc Edicto actionem“.

[2]) Julianus in l. 52. de R. V.: „Cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possidere desiit, heredes ejus in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt: sed in factum actio adversus eos reddi debebit, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt“. Eine Actio in Factum wurde statt der R. V. gegen die Erben wohl deshalb gegeben, weil letztere die hier nothwendige Taxatio (Puchta: Inst. Bd. II. S. 124. i.) in sich aufzunehmen nicht im Stande war.

beſteht, und in ſeinen Folgen auf die Erben des Beſitzers vollſtändig übergeht [1]). Die Analogie zwiſchen beiden Klagen iſt alſo gerade hier ſehr ſchwach, und wenn ſich dennoch Paullus auf ein Senatusconſult beruft, welches die Haftung des Dolo Deſinens Poſſidere für die H. P. anerkannt hatte, um eine gleiche Haftung für die R. V. zu rechtfertigen, ſo thut er es offenbar nur in der Abſicht, um für den von den Juriſten bereits anerkannten neuen Rechtsſatz die Auctorität eines Geſetzes zu gewinnen [2]).

Soviel über die Eigenthumsklage.

Schwieriger iſt die Entſcheidung der Frage, wie der Beſitz beſchaffen ſein müſſe bei der Erbſchaftsklage. Während nämlich im Eigenthumsproceſſe der Beſitz das Eigenthum vollſtändig deckt, die Anerkennung des ſtreitigen Rechts nicht weiter reicht, als die thatſächliche Verletzung, deren ſich der Verklagte ſchuldig gemacht hat, wird im Erbſchaftsproceſſe derjenige, welcher wider Recht eine einzelne Sache beſitzt, ſo anzuſehen ſein, als beſtreite er das ganze Erbrecht. Denn dieſes iſt nicht eine Berechtigung an einzelnen Sachen, ſondern begreift die Perſönlichkeit des Erblaſſers als ſolche, und gewinnt eine Beziehung auf die Erbſchaftsgegenſtände nur inſofern, als ſie der Perſönlichkeit des Verſtorbenen unterworfen ſind. Will alſo der Erbe ſeine Berechtigung an den einzelnen Erbſchaftsſachen verfolgen, ſo kann er dies nur dadurch, daß er ſein Erbrecht geltend macht [3]). Nun läßt ſich zwar nach allgemeinen Grundſätzen ein Recht nur ſoweit klagend verfolgen, als es beſtritten iſt. Da aber die Erbſchaft wegen ihrer ideellen Natur nicht beſeſſen

---

[1]) Dies wird unten bewieſen werden.

[2]) Paullus in l. 27. §. 3. de R. V.: „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex SCto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolus praeteritus in hereditatis petitionem veniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias, et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci".

[3]) Daher die Ausdrücke hereditatem, legitimam hereditatem, successionis jura vindicare. L. 8. de H. P.; l. 19. i. f. de inoff. test.; l. 4. C. in quibus causis cessat; l. 5. und 9. C. communia de success. l. 2. C. unde legitimi; l. 15. C. de postlim. Vergl. Arndts: Beiträge S. 21. N. 28.

werden kann, ſo iſt ſchon der Beſitz einer einzelnen Erbſchaftsſache [1]) als Vorausſetzung der Erbſchaftsklage anzuſehen, aber freilich nur dann anzuſehen, wenn in ihm eine Beſtreitung des Erbrechts liegt. Dies zeigt ſich in folgenden Anwendungen.

Iſt der Beſitzer einer Erbſchaftsſache durch Uſucapion Eigenthümer geworden, oder glaubt er durch Tradition Eigenthum erworben zu haben, ſo darf er das Erbrecht des Klägers einräumen und doch ein Recht an der Sache in Anſpruch nehmen. Man nennt einen ſolchen Beſitz „possessio pro suo“. Dieſer alſo iſt nicht geeignet, die Verklagtenqualität der Erbſchaftsklage gegenüber zu beſtimmen. Wenn dagegen der Beſitzer ſich der Sache bemächtigt hat in dem Glauben Erbe zu ſein, oder ohne doch für deren Erwerb einen andern Grund als ſeinen Willen anführen zu können, dann allerdings iſt der Beſitz ſo beſchaffen, daß in ihm eine Beſtreitung des Erbrechts gelegen iſt. Denn wer dem Erben vorenthält, was, wie er weiß, zur Erbſchaft gehört, der will das Erbrecht deſſelben nicht anerkennen, einerlei ob wiſſentlich oder irrthümlich. Wenn gegen beſſeres Wiſſen, oder wie Ulpian ſagt, „si interrogatus cur possideat, responsurus sit, possideo, quia possideo, nec contendet, se heredem, vel per mendacium“ [2]), ſo heißt er „pro possessore possidens“ oder Prädo; wenn in der Meinung, ſelbſt Erbe zu ſein, „pro herede possidens“. Dieſem iſt übrigens gleich zu achten, wer ſich zwar nicht für einen Civilerben hält, wohl aber aus andern Gründen, etwa zufolge einer im prätoriſchen Edicte verliehenen B. P., einen Anſpruch auf die Erbſchaft macht [3]).— Zweifelhaft konnte es ſcheinen, wie der Käufer einer Erbſchaft zu behandeln ſei. Da er den Beſitz an den einzelnen Sachen durch Tra-

[1]) L. 9.; l. 10. pr. de H. P.

[2]) L. 11. §. 1.; l. 12.; l. 13. pr. eod. Der Zuſatz „vel per mendacium“ beweiſt, daß der pro herede possidens immer Beſitzer in gutem Glauben iſt. Vergl. auch Gaius IV. 144: „pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat se heredem esse: pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere possidet.“

[3]) L. 11. pr. de H. P.: „Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Ar-

dition erwirbt, so mußte ihm streng genommen eine Possessio pro Suo zugeschrieben werden; dennoch war es gewiß der Natur der Sache angemessener, die Stellung zur Erbschaft als das Entscheidende zu betrachten: nicht das Eigenthum an den einzelnen Erbschaftssachen ist es, was der Käufer in Anspruch nimmt, sondern die Ausübung eines fremden Erbrechts. Man nahm daher an, daß mit einer utilis Actio auch der Käufer, gleich als ob er pro Herede besitze, belangt werden könne. In gleicher Lage befand sich der Fideicommissar, nicht bloß zu der Zeit, in welcher die Gegenstände und Rechte der Erbschaft noch einzeln auf denselben übertragen werden mußten, sondern insbesondere auch seitdem ihm nach dem Trebellianischen Senatusconsult die Erbschaftsklagen als utiles Actiones zustanden. — Auch die Erben aller dieser Personen haben den Titel ihres Erblassers, wie für den Erben des Erbschaftskäufers folgende Stelle Ulpian's beweist.

Ulp. libro XV. ad Ed. in l. 13. §. 11. de H. P.

Heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emtore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat: quamvis etiam (deest apud Hal.) earum rerum nomine, quas pro herede, vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.

Den Sinn, den ich dieser dunkeln Stelle unterlege, hat schon Bartolus [1]) und Voet [2]) in ihr gefunden. Namentlich führt letzterer sehr gut aus, wie der Gedankengang Ulpian's mit Nothwendigkeit auf denselben hinführe. Ulpian geht nämlich von Bestimmung der regelmäßigen Erfordernisse des Besitzes aus, und stellt zu dem Ende fest, wer pro Herede, wer pro Possessore besitze (l. 11; l. 13. §. 1. und 2. h. t.); dann wendet er sich zu der utilis H. P., und zeigt, wie die Analogie die Belangung des Fideicommissars, des Erbschaftskäufers und dessen, der die Erbschaft als Dos empfangen, möglich gemacht habe (§. 4—10). Wie nun Ulpian bei der Regel zu bemerken für nöthig befunden, daß

rianus libro II. de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit: sed enim ei bonorum possessor pro herede videtur possidere."

[1]) Bartolus in summa ad h. l.

[2]) Voët in Comm. ad tit. de H. P. §. 10.

der Erbe des Beſitzers gleich dem Erblaſſer haſte (§. 3.), ſo will er auch nicht unterlaſſen, bei den Ausdehnungen der Regel der Erben Erwähnung zu thun. Einige Schwierigkeit macht freilich dieſer Erklärung das „quamvis“ am Anfange des zweiten Satzes, da es ein durch die Praxis (constat) bei Seite geſchobenes Bedenken anzukündigen ſcheint, und umgekehrt eine beſtätigende Analogie bringt. Am einfachſten würde hiergegen Abhülfe geſchafft, wenn man eine unbedeutende Aenderung des Textes vornähme, und „quum is“ ſtatt „quamvis“ ſetzte [1]); denn nun träte die Bedeutung der Analogie recht beſtimmt und klar durch die Verweiſung auf den vorausgegangenen §. 3. hervor. Allein dieſer Aenderung ſteht der handſchriftliche Text durchaus entgegen. Und da es doch eigentlich zunächſt nur auf Beſeitigung des Widerſpruchs ankommt, welcher zwiſchen dem verbindenden „etiam“ und dem einen Zweifel oder Einwand ausdrückenden „quamvis“ beſteht, ſo wird ſchon dadurch geholfen werden können, daß man auf die Auctorität Haloander's hin das „etiam“ wegläßt. Es fragte ſich nunmehr, worin der Einwand liege, der im Schlußſatze aufgeſtellt wird? Darauf deutet Ulpian mit den Worten „quasi pro herede possideat“. Der Erbe des Erbſchaftskäufers kann nur unter der Fiction, er beſitze pro Herede, alſo nur mit einer utilis Actio belangt werden; in dieſer Form drückt ſich das Irreguläre der Klage aus. Der Regel dagegen folgt der Erbe deſſen, welcher pro Herede oder pro Poſſeſſore beſitzt, und von ihm ſagt daher Ulpian, er werde mit einer directen Actio, alſo ſchlechthin, ohne Fiction belangt (utique tenetur) [2]). Dieſes Verhältniß der Ausnahme zur Regel würde bei den urſprünglichen Beſitzern nicht wohl in der vorliegenden Weiſe ausgedrückt worden ſein; hier bei den Erben, wo der Grund der verſchiedenen Faſſung der Formel nicht ſo unmittelbar hervortritt, vielmehr die in dem Erbenverhältniſſe liegende äußere Aehnlichkeit beider Fälle zunächſt in die Augen fällt, iſt eine ſolche um die

[1]) Könnte urſprünglich quis geſchrieben ſein; qu bedeutet quum, man nahm aber das q (d. i. quam) für ſich, und zog das u zu is.

[2]) Faber in Ration. ad h. l. wird durch das „quamvis“ veranlaßt, vor „teneri“ ein „non“ einzuſchieben, u. an den Käufer einer einzelnen Sache zu denken.

Lösung unbekümmerte Erinnerung an die Regel gegenüber der Ausnahme, wie sie das „quamvis“ ausdrückt, ganz an ihrer Stelle. Darnach sagt also die Stelle soviel: auch der Erbe eines Erbschaftskäufers könne mit der H. P. belangt werden, jedoch nur mit einer utilis Actio, obschon der Erbe eines pro Herede Possidens direct hafte [1]).

Endlich verdient noch der Fall Erwähnung, wenn Jemand für einen Abwesenden die Erbschaft in Besitz genommen hat. Ein solcher kann im Namen des Abwesenden belangt werden, muß aber als Defensor neben der Cautio Judicatum solvi die Cautio de Rato leisten, damit der Kläger gegen die Versagung der Ratihabition gesichert sei. Doch könne man auch sagen, meint Ulpian, der Procurator hafte in eignem Namen, da wenn nicht ratihabirt werde, er jedenfalls als Prädo zu betrachten sei [2]). Will man einen Vergleich, so darf diese Bestimmung der Verklagtenqualität mit der Haftung des Detentor bei der Eigenthumsklage verglichen werden.

Unmittelbar an die Untersuchung über die Erfordernisse, welche die Verklagtenqualität in dem Erbschaftsprocesse an den Besitz stellt, reiht sich die Frage, auf welchem Wege das Dasein dieser Erfordernisse zur Entscheidung gebracht worden sei. Die Antwort ergibt sich aus den oben gewonnenen Resultaten. Wenn nämlich der Besitz überhaupt vor den Prätor nicht gehörte, so konnte auch die Natur des Besitzes in Jure nicht zur Untersuchung gebracht werden. Doch war es dem Verklagten ja gestattet, eine Entscheidung über die passiven Voraussetzun-

---

[1]) Aeußerst kunstvoll ist die Erklärung, welche Cujacius a. a. O. von dieser Stelle gibt. Er nimmt an, Kläger und Verklagter machen beide auf die Erbschaft Anspruch, der eine ex Testamento, der andere unter dem Vorgeben der Ruption des Testamentes ab Intestato. Wie nun mit der H. P. nicht nur eigne Sachen des Erblassers eingeklagt werden können, sondern auch fremde, die er pro Emtore, pro Herede, pro Possessore besessen (l. 19. §. 2. h. t.), so könne in jenem Falle auch derjenige belangt werden, welcher Erbe eines pro emtore possidens zu sein behaupte. Ich halte diese Erklärung deshalb für unrichtig, weil Ulpian von demjenigen redet, welcher nicht Erbe eines pro emtore possidens zu sein behauptet, sondern in der That ist. — Arndts a. a. O. S. 48. nimmt diese Erklärung an, ohne doch rechte Befriedigung darin zu finden.

[2]) L. 13. §. 12. de H. P.

gen der Klage vor Einleitung des Judicium dadurch herbeizuführen, daß er die Leiſtung der Cautio Jud. ſolvi verweigerte. Indem nun der Kläger das Interdictum quam Hereditatem zur Hand nahm, wurde durch einen Juder unterſucht, ob der Verklagte zur Vertheidigung verpflichtet ſei, d. h. ob er Erbſchaftsgegenſtände beſitze, und ob er ſie entweder pro Herede oder pro Poſſeſſore beſitze. Ergab ſich, daß er keinen Beſitz habe, oder konnte er beweiſen, daß er pro Suo beſitze, ſo wurde er abſolvirt, und damit der Erbſchaftsproceß beſeitigt.

Dagegen kam auf den Unterſchied zwiſchen Poſſeſſio pro Herede und Poſſeſſio pro Poſſeſſore nichts an. Dieſer hatte auf die Faſſung der Klage nicht den geringſten Einfluß; mochte der Verklagte ſo oder ſo beſitzen, Intention und Condemnation blieben ſich immer gleich. Dennoch haben Viele die Behauptung aufgeſtellt, der Kläger habe durch Interrogationes in Jure den Verklagten zu einer Erklärung über ſein Verhältniß zur Erbſchaft zwingen können, und ſich dafür auf eine Stelle Ulpian's berufen, welche bereits bei Betrachtung jenes Unterſchiedes benutzt worden iſt. Allein wenn Ulpian ſagt, Prädo ſei derjenige, welcher gefragt, ob er beſitze, antworten würde (responsurus sit), possideo quia possideo; ſo will er offenbar nicht ſagen, daß dieſe Frage an ihn gerichtet werden dürfe, ſondern nur, daß ſie als an ihn gerichtet gedacht werden könne[1]). Anders drücken ſich freilich die Kaiſer Arcadius und Honorius in l. 11. C. de H. P. (396) aus:

> Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum scilicet, qui dicere cogitur, utrum pro possessore, an pro herede possideat.

Aber auch aus dieſer Stelle iſt meines Erachtens auf die Zuläſſigkeit einer Interrogatio in Jure nicht zu ſchließen. Denn nach ihrer urſprünglichen Faſſung, welche der theodoſiſche Codex im Titel „de fide testium et instrumentorum" erhalten hat, ſagt die Stelle nichts wei-

[1]) Geradezu gegen die Interrogationen ſpricht l. 1. §. 21. quod legat., inſofern ſie die Cumulation von H. P. und Interd. quod Legatorum anräth, wenn man nicht wiſſe, ob der Verklagte pro Herede, pro Poſſeſſore, oder pro Legato beſitze.

ter, als daß der Vindicant vom Besitzer eine Nachweisung darüber, mit welchem Rechte er besitze, nicht verlangen könne, sondern seinerseits den Beweis des Eigenthums zu führen habe, daß nur der Erbschaftsbesitzer anzugeben verpflichtet sei, ob er pro Herede oder pro Possessore besitze [1]). In diesem Zusammenhange aber redet die Constitution offenbar nur vom Beweisverfahren, also von dem Theile des Processes, welcher zur Zeit des Ordo Judiciorum dem Judicium angehörte. Und ist der That war hier der Glaube des Besitzers, um das Maaß seiner Verbindlichkeiten zu bestimmen, von wesentlicher Bedeutung. Hier allerdings war eine Frage an ihn zeitgemäß, beantwortete sich aber auch wie von selbst. Denn hatte der Kläger sein Erbrecht dargelegt, so mußte der Verklagte (daß er besitze, setzen wir voraus) so lange als Prädo gelten, bis er einen gerechten Grund für den Glauben, er sei Erbe, dargethan hatte. Die Behauptungen des Erben trafen ihn also wie Fragen, auf die er zu antworten gedrungen war, um die Präsumtion des bösen Glaubens von sich abzuwenden.

Fortsetzung (Juris Possessio).

§. 22.

Der Begriff des Besitzes ist aber von früher Zeit bei der H. P. weiter gestellt, als bei der R. V. Man nahm auch eine Juris Possessio an, und verstand darunter zunächst die factische Freiheit, welche in Beziehung auf seine Verbindlichkeiten ein als Erbe sich gerirender Erbschaftsschuldner so lange genießt, bis ein anderer durch richterlichen Spruch als besserer Erbe anerkannt worden ist [2]). Natürlich kann

[1]) L. 12. C. Th. de fide testium et instr.: „Cogi possessorem ab eo, qui expetit, quae tanta erit amentia, ut ratione praepostera, petitor ab eo, quem pulsat, informari suas postulet actiones, cum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se juste tenere contendit? Intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est; praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro berede possideat.“

[2]) L. 9. l. 14. de H. P.

hier der im vorigen §. beſchriebene Unterſchied zwiſchen Eigenthums- und Erbſchaftsbeſitz in gleicher Weiſe nicht vorkommen, wohl aber wird man ſo ſagen können. Will der Schuldner, den Obligationsgrund als zugegeben vorausgeſetzt, den Kläger als Gläubiger nicht anerkennen, weil er das Erbrecht deſſelben läugnet oder bezweifelt, ſo liegt zur Anſtellung der H. P. noch kein Grund vor, ſondern die perſönliche Klage reicht aus. Verweigert er dagegen die Zahlung, weil er ſelbſt Erbe zu ſein glaubt oder es auch nur behauptet, dann allerdings iſt er wie ein pro Herede oder pro Poſſeſſore Poſſidens zu betrachten und deshalb mit der H. P. zu belangen [1]). So iſt Ulpian zu verſtehen, wenn er ſagt:

Ulp. libro LXVII. ad Ed. in l. 42. de H. P.

Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.

Ob die Schuld durch Contract oder Delict entſtanden ſei, iſt einerlei [2]). So haftet als Juris Poſſeſſor, wer den Erblaſſer beſtahl [3]), wer ihn aus ſeinem Grundſtücke dejicirte [4]), wer ſeine Sachen an ſich

---

[1]) Vergl. Donellus in Comm. jur. civ., lib. XIX. c. 13. p. 1123; und Papinian. in l. 10. l. f. si pars hered. petatur: „Quoniam tamen, qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut juris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

[2]) L. 14. de H. P.: „Sed utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert.“

[3]) L. 15. de H. P. In der vorausgehenden l. 14. eod. heißt es: Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit. Und hierauf fährt Gaius fort: „Vel aliquam rem hereditariam surripuerit.“ In dieſer Verbindung ſcheint es ſo, als ob von einer Entwendung nach dem Tode des Erblaſſers die Rede ſei. Allein aus der Entwendung einer Erbſchaftsſache entſtand ja keine Delictsobligation; Gaius muß alſo vom Diebſtahle einer Sache des Erblaſſers geredet haben. Vergl. auch l. 40. §. 4. eod. Dies vorausgeſetzt, läßt ſich auch in den folgenden Fällen eine Juris Poſſeſſio annehmen. Doch wenden die römiſchen Juriſten hier auch den Geſichtspunct der Poſſeſſio pro Poſſeſſore an.

[4]) L. 16. §. 4. i. f. eod.: „Sed et eum, qui dejecit hereditatis petitione teneri: quia res hereditarias pro possessore possidet.“

riß [1]) oder ſchuldvoller Weiſe verletzte [2]); ebenſo aber auch der Herr oder Vater wegen deſſen, was Sohn oder Sclav dem Erblaſſer ſchuldeten, ſofern dieſe ein Peculium hatten [3]), oder wer ſonſtige vertragsmäßige Verpflichtungen hat, ſeien ſie bedingt oder unbedingt, betagt oder unbetagt [4]). In dieſen Fällen verlangt der Erbe mit der H. P. ganz daſſelbe, was ihm die perſönliche Klage gewähren würde. Hat alſo ein Sclav ſich am Verſtorbenen vergangen, ſo wird auch dem mit der Erbſchaftsklage belangten Herrn des Sclaven die Noxä Deditio geſtattet, wenn dieſer dem Verſtorbenen nicht bereits verurtheilt worden iſt; denn unter dieſer Vorausſetzung wird in der Erbſchaftsklage die Judicati Actio geltend gemacht, der gegenüber die Noxä Deditio wegfällt [5]). Nur die Actio ex Lege Aquilia verliert einen Theil ihrer Eigenthümlichkeit inſofern, als ihr Gegenſtand nicht mehr in's Doppelte wächſt; ohne Zweifel darum, weil die Exiſtenz des Klaggrundes zugeſtanden ſein wird, wenn der Schuldner die Vertheidigung auf ſein Erbrecht ſtützt [6]).

Wir handelten bis dahin von Verpflichtungen, welche dem Erblaſſer gegenüber entſtanden waren. In gleicher Weiſe geben aber Obligationen, die nach des Erblaſſers Tode von der Erbſchaft erworben ſind, Veranlaſſung zu einer Juris Poſſeſſio. Als Juris Poſſeſſor finden wir daher auch denjenigen erwähnt, welcher eine Erbſchaftsſache vernichtete [7]), wer einen Sclaven der Erbſchaft corrumpirte [8]), oder thätlich injuriirte, ſogar denjenigen, welcher vor dem Erbſchaftsantritte den Erblaſſer oder deſſen Leiche ſchmähte [9]). Durch Contract kann man ſich um deswillen der Erbſchaft nicht ſo leicht obligiren, weil ſie keinen Willen hat; nur iſt dies abgeſehen von den Stipulationen der Erbſchaftsſclaven [10]) doch möglich durch Quaſi-

[1]) L. 14. §. 2. quod metus causa.
[2]) L. 14.; l. 20. §. 4. de H. P.
[3]) L. 36. pr. eod.
[4]) L. 16. pr. eod.
[5]) L. 20. §. 5. eod.
[6]) L. 20. §. 4. eod.
[7]) L. 36. §. 2. eod.
[8]) L. 13. §. 1. de servo corrupto.
[9]) L. 1. §. 6 und 7. de injuriis.
[10]) Pr. I. de serv. slip.; l. 14. de H. P. („qui servo hereditario promisit").

Contract, namentlich durch Negotiorum Gestio. Wenn sich Jemand einer liegenden Erbschaft annimmt, und die zu ihrer Erhaltung und Mehrung erforderlichen Geschäfte angreift, wird dadurch der Erbschaft (und diese möglicherweise ihm) verpflichtet[1]). Bestreitet er nun dem klagenden Erben die Existenz dieser Verpflichtung, weil er selbst Erbe zu sein behauptet, so geht die H. P. gegen ihn als Juris Possessor[2]). Es ist aber dieser Fall von besonderem Einflusse auf den Character der Erbschaftsklage gewesen, und deshalb in Folgendem näher zu betrachten.

Fassen wir die Voraussetzungen, unter denen man als Geschäftsführer der Erbschaft betrachtet werden könne, in's Auge, so verlangt vor Allem die Frage Beantwortung, in welcher Absicht die Geschäfte der Erbschaft geführt sein müssen, damit der Gestor verpflichtet werde. und als Juris Possessor hafte? Wir unterscheiden drei Fälle.

1) Der regelmäßigste[3]) Fall ist der, daß die Absicht des Gestor auf Führung der Geschäfte für die Erbschaft, nicht für sich gerichtet ist. Jedoch wird dies deshalb nicht leicht vorkommen, weil der Gestor selbst muß Erbe sein wollen, wenn er als Juris Possessor soll belangt werden können, was sich nur in der Art vereinigen läßt, daß er seine Erbschaftsansprüche erst nach geführtem Geschäfte kennen lernt. Ein Beispiel führt Papinian in einer Stelle an, welche an Cujacius[4]) einen ihres Verfassers würdigen Ausleger gefunden hat.

Papinianus libro VI. Quaest. in l. ult. si pars hered. petatur. Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore decessisse, partem hereditatis nomine patris ut (abest ap. Hal.) absentis administraverit et pecunias distractis rebus acceperit, hereditas ab eo peti non potest: quia neque pro herede, neque pro possessore pretia possidet, sed ut filius patris nego-

[1]) L. 21. §. 1.; l. 22.; l. 49. de neg. gestis.

[2]) L. 21. §. 1. cit. de neg. gestis; l. ult. si pars hered.; l. 16. §. 3. de H. P.

[3]) So nenne ich ihn deshalb, weil er für beide Theile, den Gestor und den Dominus Verpflichtungen und Berechtigungen in gleichem Maaße erzeugt.

[4]) Cujacius in Opp. tom III. ad h. l.

tium curavit. Negotiorum autem gestorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. — — — — [1]) Quod si filius iste patri suo heres exstitit, et movet controversiam, quod pater ejus, postquam heres exstitit, mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. Quoniam tamen, qui negotia hereditaria gessit, et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis, ut juris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

Dem Juriſten liegen folgende Thatſachen vor. Titius hat in ſeinem Teſtamente den Caius auf einen Theil zum Erben eingeſetzt; der Sohn des abweſenden Caius, der nicht weiß, daß ſein Vater ſchon bei Lebzeiten des Titius verſtorben iſt, nimmt deſſen Erbtheil wie für einen Abweſenden an ſich und macht ihn zu Gelde. — An dieſes Factum knüpft ſich nun die Frage, welche Klage die Miterben des Vaters, denen ſein Erbtheil accreſcirt iſt [2]), gegen den Sohn haben? Die Klage aus der Geſchäftsführung haben ſie gegen ihn. Denn indem er den Verkauf vornahm, führte er objectiv betrachtet nicht die Geſchäfte des Vaters, der bereits verſtorben war, ſondern die der

[1]) Ich habe hier einen Zwiſchenſatz weggelaſſen, in dem Papinian unterſucht, ob nicht auch die Erben des Caius, wenn dieſer ſeinen Sohn etwa exheredirt hätte, die Klage aus der Geſchäftsführung erheben könnten. Dieſe Frage verneint der Juriſt. Denn obſchon demjenigen, für welchen ein Indebitum eingezogen ſei, eine Actio Negotiorum geſtorum gegeben werde, ſo ſeien doch vorliegend weder Geſchäfte des Vaters, welcher bereits verſtorben, noch Geſchäfte der väterlichen Erbſchaft, welche die Erbſchaft des Titius nicht in ſich aufgenommen habe, geführt worden. — Ich habe mir dieſe Ausſcheidung erlaubt, weil der Zuſammenhang der Stelle dadurch prägnanter wird, und namentlich die Anſchauung, die wir in ihr ſuchen, beſtimmter hervortritt.

[2]) Nach juſt. Rechte verſteht ſich die Accreſcenz von ſelbſt; im ältern Rechte trat ſie nur für diejenigen ein, welche das „jus antiquum“ haben. Daß nun die Vorausſetzungen deſſelben vorhanden ſeien, iſt zwar nicht ausdrücklich in der Stelle erklärt; aber wahrſcheinlich iſt es, daß Caius und ſeine Miterben Söhne des Titius ſind. Denn daß Caius ein Hausſohn des Titius iſt, wird inſofern angedeutet, als er in der Abweſenheit, alſo doch ipſo Jure Erbe geworden ſein ſoll. Andere Erklärungsverſuche finden ſich bei Cujacius l. c.

Erbschaft; und auch seine Absicht vereinigte sich hiermit insofern, als er für einen Vertreter der Erbschaft, und damit für die Erbschaft selbst handeln wollte. Dagegen steht den Miterben die H. P. nicht zu, weil bei dieser Klage Alles auf die Absicht des Sohnes ankommt, der die Preise nur als Führer fremder Geschäfte, nicht als ob er selbst Ansprüche auf die Erbschaft des Titius erhöbe, inne hat. Mit dem Wegfallen dieser Voraussetzung muß daher auch die Entscheidung eine andere werden. Gesetzt also, der Sohn sei Erbe des Vaters geworden, und nehme jenen Theil der Titianischen Erbschaft unter dem Vorgeben für sich in Anspruch, der Vater sei verstorben, nachdem er bereits Erbe des Titius geworden, so findet allerdings die Erbschaftsklage gegen ihn Anwendung. Zwar ließe sich einwenden, der Sohn ändere hier die Causa seines Besitzes: während er früher für den Vater besessen habe, wolle er jetzt die Kaufgelder für sich behalten, und eine solche Aenderung sei unzulässig. Allein es liegen Thatsachen vor, welche die Aenderung der Causa vollkommen rechtfertigen: der Sohn führte die Geschäfte seines Vaters, ohne von dessen Tode Kenntniß zu haben, nunmehr hat er dieselbe erhalten. Kann also, wer durch die Führung von Geschäften für die Erbschaft Schuldner derselben geworden ist, nachher das Erbrecht für sich in Anspruch nehmen, so muß es auch möglich sein, den Sohn als Juris Possessor mit der H. P. zu belangen[1]).

2) Häufiger wird nun aber der aus dem Principe der Geschäftsführung sich nicht so unmittelbar ergebende Fall vorkommen, daß man sich der Geschäfte der Erbschaft in dem Glauben oder mit dem Willen, sie für sich selbst zu führen, annimmt, und dadurch der Erbschaft verpflichtet. Dies kann in sehr verschiedenem Umfange geschehen, eigenthümlich aber ist es, daß wer auch nur eine einzelne Erbschaftssache besitzt, in seinem ganzen Verhalten zu derselben als Geschäftsführer der Erbschaft betrachtet wird, während dieser Gesichtspunct dem

1) Ganz ähnlichen Inhalts ist die vorausgehende l. 9. eod., eine Stelle des Paullus.

Eigenthümer gegenüber keine Anwendung findet. Einen ſolchen Unterſchied zwiſchen Erbſchaftsgütern und Einzelſachen ſtellt folgende Stelle des Paullus auf.

Paullus libro XVI. (Hal. XIII.) Quaest. in l. 21. de act. vel hered. vend.

Venditor ex hereditate interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit. Quaeritur, — — — — si hominem vendiderit, et is decesserit, an pretium ejusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset (Hal. et Vulg. praecessisset): sed ubi hereditatem vendidi, et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam, quam hereditatis: sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero, et necdum tradito eo, alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci: pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur: et sic sit (Vulg. fit), quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam non actionem: at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam.

Paullus handelt vom Verkaufe einer Erbſchaft, und wirft die Frage auf, ob, wenn nach vollzogenem Geſchäfte der Erbe den Beſitz einer Erbſchaftsſache erlange, und dieſe weiter verkaufe, nach deren Untergange das Pretium an den erſten Käufer geleiſtet werden müſſe. Man könne glauben, ſagt Paullus, wie bei'm Verkaufe einzelner Sachen, ſo ſchulde auch hier der Verkäufer die Sache, nicht den Kaufpreis; gehe alſo die Sache ohne Mora des Verkäufers unter, ſo werde er von ſeinen Verbindlichkeiten frei, da das Pretium nicht aus der Sache, ſondern aus der Geſchäftsführung hervorgehe. Bei dem Erbſchaftskaufe aber gelte ein anderer Geſichtspunct: der Verkäufer werde, wenn er nachher eine einzelne Sache veräußere oder eine ſon-

stige Handlung als Erbe vornehme, so angesehen, als führe er die Geschäfte der Erbschaft, die nur dem Rechte nach ihm, der vollen Ausübung nach dem Käufer zustehe. Dies ist ohne allen Zweifel der Sinn der Worte: „ut negotium ejus (emtoris) agam, quam hereditatis.“ Die Vulgata schiebt vor „agam“ ein potius ein, welches nach einem sehr gangbaren Sprachgebrauche vor „quam“ oft zu fehlen pflegt[1]), und dann sagen die Worte soviel: als Geschäftsführer der Erbschaft könne man den Verkäufer nicht ansehen, denn diese sei und bleibe die seinige, wohl aber als Geschäftsführer dessen, auf welchen der gesammte Inhalt der Erbschaft übertragen sei[2]).

Eine andere Stelle, deren Erklärung auf demselben Gesichtspuncte beruht, wird sogleich noch benutzt werden[3]).

Von dieser Eigenthümlichkeit des Erbschaftsbesitzes aus ergibt sich aber für deren Anwendung der Grundsatz, daß wer pro Herede besitzt, jeden Vortheil herauszugeben, der Possessor pro Possessore dagegen einen jeden Schaden, der durch seine Schuld entstanden, zu ersetzen habe.

Denn wer fremde Geschäfte in dem Glauben führt, sie seien seine eignen, hat zwar keine besondern positiven Verpflichtungen, da er der Natur der Sache nach nicht dolose, und noch weniger culpose handeln kann, doch soll er auch keinen Gewinn aus dem Geschäfte ziehen. Dies beweist

Africanus libro VIII. Quaest. in l. ult. de negotiis gestis:
Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit: de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit (Vulg. et Hal. est,)

---

[1]) Vergl. Dirksen: Manuale latinitatis fontium jur. civ. Rom. s. v. quam §. 2.

[2]) Dies ist die Erklärung des Cujacius ad h. l. (tom. V.)

[3]) L. ult. de neg. gestis. Auch l. 17. §. 1. de R. V. findet ihre Erklärung in der Annahme einer Geschäftsführung, welche bei der R. V. mit der L. C. beginnt. African gibt in l. 23. de reb. cred. dem Legatar gegen denjenigen, welcher eine Sache irrthümlich als ihm legirt besessen und verkauft hat, nach dem Untergange derselben eine Condictio sine Causa wegen des lucrirten Preises.

ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses: quandoque de (quandoquidem)[1]) ea solutione liberarer (liberer).

Der Käufer eines Sclaven hat eine Sache, welche der Sclav dem frühern Herrn geſtohlen, verkauft: findet, wenn ſie nachher untergegangen iſt, eine Actio Negotiorum geſtorum wegen des Pretium gegen ihn Statt? Alle Veranlaſſung zu dieſer Frage würde fehlen, ſobald der Käufer des Sclaven um den Urſprung ſeines Beſitzes an der geſtohlnen Sache wußte, denn alsdann haftete er aus der Veräußerung auf die für den Verkäufer vortheilhafteſte Weiſe als Dieb. Aber auch ſein Irrthum kann doch nur dann gerechtfertigt erſcheinen, wenn er einen guten Grund für denſelben hatte, wie namentlich den Erwerb des Peculium mit dem Sclaven; denn unter dieſer Vorausſetzung hat ſicher der Käufer keine Veranlaſſung nach der Art des Erwerbes derjenigen Sachen zu fragen, welche er bei dem Sclaven findet; ohne den Vorwurf der Unredlichkeit fürchten zu müſſen, darf er ſie ohne Weiteres für Gegenſtände des Peculium halten. Gerade dieſen Grund des Irrthums aber in vorliegender Stelle zu ſubintelligiren, ſind wir durch eine andere Stelle aus demſelben Buche der Quäſtionen African's[2]) gedrungen. Hier wird die Mitveräußerung des Peculium geradezu ausgeſprochen, während im Uebrigen die der Beurtheilung unterliegenden Thatſachen nur inſofern anders geſtaltet ſind, als der Verkauf der geſtohlenen Sache fehlt. Ohne Zweifel hingen beide Stellen urſprünglich zuſammen, und behandelten, von jenen gemeinſamen Grundlagen ausgehend, die Rechtsmittel, welche je nach den möglichen Beziehungen der Thatſachen aufeinander dem Verkäufer gegen den Käufer zuſtehen. — Die Richtigkeit dieſer An-

1) Vergl. die Note 60. ad h. l. in der Geb. Spangenb. Ausgabe.

2) L. 30. pr. de actt. emti vend.

nahme vorausgesetzt dürfen wir behaupten, die gestohlne Sache sei für den mit einem Peculium versehenen Sclaven, also gewissermaßen für eine fremde Person, obschon im eigenen Interesse verkauft worden. Da aber in der That die Sache zum Peculium nicht gehörte, sondern dem Verkäufer des Sclaven, so konnte diesem als dem wahren Geschäftsherrn aus der Führung seiner Geschäfte eine Klage gegeben werden, die jedoch wegen des guten Glaubens des Gestor nicht weiter gehen durfte, als auf seine Bereicherung, d. i. auf den Kaufpreis.

Es steht also fest, daß wenn man irrthümlich fremde Geschäfte in eigenem Interesse führt, doch die Absicht sie für einen Andern, z. B. den eigenen Sclaven oder wie African selbst andeutet, für eine in gutem Glauben besessene Erbschaft[1]) zu führen nicht ausgeschlossen ist[2]), daß aber in einem solchen Falle nicht das volle Interesse, sondern nur die Bereicherung von dem Gestor geschuldet wird.

Umgekehrt haftet der Führer fremder Geschäfte auch dann, wenn er dieselben mit vollem Bewußtsein als solche, aber nicht in des Dominus, sondern in eigenem Interesse führte. So sagt Julian:

Julianus libro III. Dig. in l. 6. §. 3. de neg. gestis:
Sed et si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse: qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet: sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

Die Größe der Haftung eines solchen Prädo — denn dieser Name findet sich auch hier[3]) — wird von Julian freilich nicht näher angegeben; aber in der Natur der Sache liegt es, daß er für jeden

---

[1]) Verbis: sicut e contrario etc.

[2]) Diese Absicht ist nöthig, damit eine Geschäftsführung angenommen werde. Darin liegt eben der Grund des nachgewiesenen Unterschiedes zwischen Einzelsachen und Erbschaftsgütern.

[3]) L. 32. de neg. gestis.

Nachtheil einsteht, welcher durch sein rechtswidriges Benehmen verschuldet ist[1]).

Fortsetzung.

§. 23.

Man könnte gegen den aufgestellten Gesichtspunct mit einigem Scheine eine gesetzliche Bestimmung anführen, welcher die römischen Juristen selbst die aufgestellten Erweiterungen der H. P. zuzuschreiben pflegen. Bekanntlich bestimmte zur Zeit des Kaisers Hadrian ein Senatusconsult, daß wer in dem Glauben Erbe zu sein, Erbtheile, die dem Fiscus zugefallen, verkauft habe, die gelösten Kaufgelder, auch wenn die Sachen selbst bereits untergegangen oder von Dritten usurpirt seien, überhaupt die Bereicherung restituiren solle, während diejenigen, welche wissentlich solche Güter in Besitz genommen und den Besitz aufgegeben haben, so anzusehen seien, als ob sie noch besäßen[2]).

Allein wenn schon diese Bestimmungen mit den Resultaten des vorigen Paragraphen vollkommen übereinkommen, so wird doch ohne Zweifel dem Einflusse der Doctrin sein Recht dann zugestanden werden müssen, wenn sich Spuren der im Senatusconsult anerkannten Grundsätze schon bei ältern Juristen finden. Wir werden dann umgekehrt aus jener Uebereinstimmung zu folgern gezwungen sein, daß eine bereits gangbare Ansicht durch jenes Senatusconsult auf einen besondern Fall angewandt, und erst seitdem auf dieser Grundlage mit Umgehung des Gesichtspuncts der Negotiorum Gestio von den Juristen weiter entwickelt worden sei. Nun werden aber Labeo und Octavianus[3]), Proculus und Cassius[4]) als Auctoritäten bei Fragen

[1]) Auch Arndts a. a. O. hat im Grunde die hier ausgeführte Ansicht. Etwas zweideutig drückt sich Fabricius im Rh. Mus. Bd. IV. S. 195. aus, wenn er sagt, der pro Possessore Possidens hafte ähnlich wie der Verklagte bei der Condictio furtiva, der Besitzer pro Herede fast ganz wie ein Negotiorum Gestor.

[2]) L. 20. §. 6. de H. P. Eine elegante, aber auf das Princip und die Ausbildungen jenes Senatusconsultes nicht eingehende Abhandlung hat Heineccius de SCto Hadriani temp. facto, quod exstat in l. 20. §. 6. de H. P. in Opusc. posth. p. 449. sequ. geliefert.

[3]) L. 18. pr. eod.

[4]) L. 36. pr.; l. 31. §. 5. eod.

aufgeführt, welche in offenbarem Zusammenhange mit den Bestimmungen des Senatusconsultes stehen. Auch leitet Ulpian die Interpretation dieser Rechtsquelle mit der Bemerkung ein, sie habe den ältern Lehren über Dolus präteritus, Erbschaftsfrüchte und Veräußerung von Erbschaftssachen Form und Halt gegeben [1]). Wenn dem aber so ist, so wird das Senatusconsult ganz umgangen, und an seine Stelle der Gesichtspunct einer Geschäftsführung für die Erbschaft gesetzt werden können, um die Richtung der H. P. gegen denjenigen zu erklären, welcher wirkliche Erbschaftssachen nicht mehr besitzt, oder mehr als diese besitzt.

Die Haftung dessen, welcher im Glauben Erbe zu sein, Erbschaftssachen in Besitz genommen hat, ist oben aus der Natur der Sache im Allgemeinen dahin bestimmt worden, er müsse Alles herausgeben, was er für die Erbschaft erworben habe [2]). Die einfachste Anwendung hiervon ist die, daß der Besitzer von Erbschaftsgeld die mit demselben gekauften Sachen, und der Besitzer von Erbschaftssachen das daraus gelöste Geld restituiren muß, Letzteres auch dann noch, wenn der ursprüngliche Gegenstand untergegangen oder usurpirt sein sollte [3]). Hat ein Sohn oder Sclav das Geschäft vorgenommen, so haftet dessen Vater oder Herr, so lange das Pretium oder die angekaufte Sache vorhanden ist, ohne die Beschränkungen der Actio de Peculio quasi de in rem verso [4]). Sind vom Besitzer einer ganzen Erbschaft Sclaven oder Vieh gekauft, so vermehren diese Gegenstände ohne Zweifel die Erbschaft, wenn sie mit Erbschaftsgelde und im Interesse der Erbschaft gekauft sind; hat dagegen der Besitzer in eignem Interesse gekauft, wenn schon mit Erbschaftsgelde, so schuldet er nur das Geld, mit dem er allein wie mit einem Darlehn bereichert ist. Und hat er mit eignem Gelde für die Erbschaft Sachen angekauft, so kommen diese zwar in

---

[1]) Diese Nachweisungen finden sich bei Arndts a. a. O.

[2]) L. 22.; l. 28. de H. P.

[3]) L. 20. §. 21.; l. 22.; l. 33. §. 1.; l. 36. §. 3. eod.

[4]) L. 36. pr. eod.

die H. P., jedoch erst nach Ersatz des aufgewandten Geldes [1]). Wer in gutem Glauben eine Sache verkauft, dann aber zurückgekauft hat, wird nicht schon durch Restitution der Sache frei, auch den Ueberschuß des Preises muß er erlegen [2]). Umgekehrt ist er von jeder Haftung frei, wenn er dem Käufer nach Eviction der verkauften Sache das Interesse prästirt, oder den Kaufpreis ohne bleibenden Vortheil consumirt, verloren oder verschenkt hat, während wenn mit dem Pretium eine andere Sache erworben ist, die Haftung fortdauert, jedoch nach Abzug des Minderwerthes der erkauften Sache [3]). — Auch die Strafe, welche bei Abschließung des Kaufes für den Fall verspäteter Leistung verabredet ist, wird, wenn sie gezahlt, ein Lucrum aus der Erbschaft und damit Gegenstand der Klage, gleich wie der Vortheil, welcher zufolge beigefügter Lex commissoria gezogen ist [4]). Dagegen kommt die processualische Conventionalpön, welche der dejicirte Besitzer im Interdictenprocesse vom Gegner errungen hat, so wie die aus einer Cautio Judicio sisti gezogene Strafe [5]) nicht in Betracht, weil sie nicht aus der Erbschaft, sondern aus dem Processe entsteht, wohl aber das Duplum, welches der Erbschaftsbesitzer durch Anstellung einer Actio Legis Aquiliä gezogen hat, weil dieses eine bloße Erweiterung des ursprünglichen Gegenstandes der Klage ist [6]). — Auch die gezogenen Früchte, honestae

---

[1]) L. 20. §. 1. eod.

[2]) L. 22. eod.

[3]) L. 20. §. 18. und 19.; l. 23. pr.; l. 25. §. 1. eod.

[4]) L. 23. §. 1.; l. 25. pr. eod.

[5]) L. 24. eod. Die Glosse weiß mit der erst erwähnten Pöna nichts anzufangen; sie denkt an eine mit der Dejection verbundene Injurie, oder gar an eine für den Fall der Dejection vom nachherigen Dejicienten stipulirte Strafe. Donellus (p. 1128.) nimmt an, der Dejectus habe sich unter einer Strafe die Restitution versprechen lassen. Erwägt man, daß in einer andern Stelle (l. 21. de A. E. V.) der Strafe des Dejicienten neben der des Diebes Erwähnung geschieht, so wird man jene Erklärungsversuche nicht sehr wahrscheinlich finden. Merkwürdig ist, daß in jener Stelle das Duplum als Gegenstand des Interdicts erwähnt wird; man wird darnach annehmen müssen, daß die vom Dejicienten zu leistende Sponsion auf die Aestimation des Streitgegenstandes gerichtet war. Vgl. Gaius IV. 165. Cujacius ad l. 21. cit. verweist dabei auf §. 6. I. de interdictis.

[6]) L. 55. eod. Die Frage, wie denn der Besitzer einer Erbschaftssache dazu komme, die aquilische Klage anzustellen,

und inhonestae, ſind als „augmentum hereditatis“ mit der Erbſchaftsklage zu verfolgen, ſelbſt ohne die Hauptſache, jedoch nur ſoweit, als der Beſitzer durch dieſelben bereichert iſt, alſo mit Abzug der darauf gemachten Verwendungen. Ein Gleiches gilt vom Partus Ancillä [1]). Iſt Erbſchaftsgeld auf Zinſen gelegt, ſo ſind die gezogenen Zinſen zu reſtituiren, außerdem wegen der noch nicht gezogenen, ſowie wegen des Capitals die Klage zu cediren [2]).

Wie das Pretium, ſo iſt auch die Klage auf die Leiſtung deſſelben Gegenſtand der Erbſchaftsklage [3]). Ebenſo die Condiction auf Rückgabe eines geleiſteten Fideicommiſſes [4]), das Interdictum unde Vi und de Precario [5]). Auch in dieſen Fällen wird des Ausdrucks „juris possessio“ Erwähnung gethan [6]). Doch läßt ſich darum nicht behaupten, er finde auf die Haftung wegen des Kaufpreiſes keine Anwendung, wie Manche glauben [7]). Denn Paullus nennt den Herrn eines Sclaven in Beziehung auf den von letzterm eingenommenen Kaufpreis Juris Poſſeſſor, offenbar deshalb, weil der Herr aus der Negotiorum Geſtio des Sclaven ſoweit haftet, als ſein Vermögen bereichert iſt [8]).

Und wie haftet dagegen der Prädo aus den wiſſentlich für die Erbſchaft geführten Geſchäften? Er hat die höchſte Sorgfalt zu präſtiren, und ſteht daher für jeden Nachtheil ein, welcher durch ſeine Argliſt oder Nachläſſigkeit entſtanden iſt. Hat alſo der Prädo die Reſtitution deſſen, was er beſaß, unmöglich gemacht, ſei es durch Veräußerung oder Vernichtung, ſo haftet er gleich dem Commodatar und Andern,

läßt ſich verſchieden beantworten: entweder hatte er durch Uſucapio pro Herede Eigenthum erworben, oder als Bonorum Poſſeſſor das Recht, die Klage als fictitia anzuſtellen.

[1]) L. 20. §. 3.; l. 26.; l. 27.; l. 36. §. 5.; l. 40. §. 1. de H. P.

[2]) L. 30. eod.

[3]) L. 16. §. 5.; l. 18. pr.; l. 35. eod.

[4]) L. 16. §. 7. eod.

[5]) L. 16. §. 4.; l. 40. §. 2. eod. Wir haben hier die äußerſte Conſequenz jener Anſicht; denn nach dem Beſitzerwerbe iſt nichts geſchehen, was als Geſchäftsführung gelten könnte; wir haben alſo die Occupation ſelbſt als ſolche zu betrachten.

[6]) L. 16. §. 4. und 7. eod.

[7]) Z. B. Cujacius in Opp. tom. V. p. 268.; Arndts a. a. O. S. 73. N. 130.

[8]) L. 34. §. 1. eod.

welche aus Contracten zur Reſtitution einer Sache verpflichtet ſind [1]). So z. B. wenn der Beſitzer einer Erbſchaft den Verkauf derſelben einem Wechsler übertragen hat, welcher fallirt: hier kommt er mit Ceſſion ſeiner Klagen nicht ab, ſondern haftet, als ob er beſäße, „quia suo periculo male argentario credidit“ [2]); wohl aber läßt man umgekehrt dem klagenden Erben die Wahl zwiſchen der Litis Aeſtimatio und Ceſſion der Klagen (oder dem bereits eingenommenen Preiſe) [3]). Nur wenn die Veräußerung im Intereſſe der Erbſchaft geſchehen, etwa um drückende Schulden zu bezahlen, alſo utiliter, geht die Haftung des Prädo über den erhaltenen oder verſprochenen Preis nicht hinaus [4]); ſo wie ſie ganz zuſammenfällt, ſobald dem Erben das veräußerte Object ſelbſt zurückgegeben wird [5]). — Was die Früchte anbetrifft, ſo hat er nicht bloß die gezogenen, ſondern auch diejenigen zu präſtiren, welche er bei gehöriger Sorgfalt „honeste“ hätte ziehen können [6]). Ebenſo ſind von verwandtem Erbſchaftsgelde Zinſen zu zahlen [7]). Selbſt für Forderungen, welche durch Zeitlauf verloren gegangen ſind, ſteht der Prädo ein [8]). Aber wie kann man dem Prädo Unterlaſſung von Handlungen zur Laſt legen, die er doch nicht vornehmen darf? Es ſind zwei Fälle zu unterſcheiden. Erſtens: die Forderung iſt gegen einen Dritten gerichtet. Eine ſolche kann freilich, wenn ſie bereits dem Erblaſſer zuſtand, der Prädo um deswillen nicht geltend machen, weil er nicht Gläubiger iſt [9]); und hat er ſie ſelbſt bei'm Verkaufe von Erbſchaftsgütern erworben, ſo haftet er auch nach dem Untergange der Klage in ſtrengerer Weiſe wegen der veräußerten Sache fort. Dies aber iſt anders, wenn ohne ſein Zuthun der Beſitz einer Erbſchaftsſache an einen

[1]) L. 25. §. 2. 3. und 8. eod.

[2]) L. 18. pr. eod.

[3]) L. 20. §. 12. eod. Vergl. Glück: Comm. Bd. VII. S. 565.

[4]) L. 20. §. 2.; l. 33. §. 1.; l. 53. eod.

[5]) L. 13. §. 14, de H. P.; l. 95. §. 9, de solut.

[6]) L. 25. §. 4. 9. und 20.; l. 26.; l. 27.; l. 52. eod.

[7]) L. 20. §. 14. eod. Von nicht verwandtem Gelde ſind keine Zinſen zu zahlen, weil man ſonſt dem Beſitzer zumuthen würde, den Beſitz doloſe aufzugeben. L. 62. pr. de R. V.

[8]) L. 25. §. 2. eod.

[9]) L. 25. §. 2. cit.: „si exigere potuit“. L. 31. §. 4. eod.

Andern verloren, und ihm dadurch eine Klage, etwa ein Interdictum unde Vi oder de Precario erworben ist. Denn hier steht er wegen der Sache nicht ein, sondern haftet bloß für die Klage, die er, so lange sie existirt, cediren, wenn sie durch seine Schuld verloren ist, in Geld ersetzen muß. Zweitens: der Prädo ist selbst Schuldner („qui a semetipso non exegit"). Wie dieser Fall zu behandeln, zeigt am besten eine Entscheidung, welche die römischen Juristen in Beziehung auf den Negotiorum Gestor geben. Hat Jemand die Geschäfte eines Andern übernommen, so soll ihm zwar nicht angerechnet werden, wenn er des Dominus Schuldner nicht ausklagt, wohl aber, wenn er seine eignen Verbindlichkeiten zu erfüllen unterläßt. Schuldet er also ein unverzinsliches Darlehn, so hat er Officio Judicis Zinsen zu entrichten, und ist seine Schuld durch Verjährung getilgt, so kann er nun doch aus der Negotiorum Gestio belangt werden [1]). In derselben Weise nun haften diejenigen, welche wissentlich fremde Erbschaftsgüter an sich genommen haben, sofern sie ihre Verpflichtungen gegen die Erbschaft untergehen lassen, statt der Verjährung durch Einlegung des Geschuldeten vorzubeugen.

Im engsten Zusammenhange hiermit steht die Frage, welche Bewandtniß es mit den durch Usucapio pro Herede in's Eigenthum des Besitzers übergegangenen Erbschaftssachen habe? Bekanntlich nimmt man heut zu Tage beinahe allgemein an, durch das erwähnte Senatusconsult sei die Usucapio pro Herede zwar nicht aufgehoben, aber doch dem Erben gegenüber in der Weise unwirksam gemacht worden, daß auch die usucapirten Sachen als Lucrum Hereditatis („rescissa usucapione") haben restituirt werden müssen [2]). Ist nicht wenigstens hier auf eine positive Bestimmung des Senatusconsultes zu recurriren, oder reicht man mit dem Gesichtspuncte der Negotiorum Gestio gleichfalls aus? Ich will eine Stelle des Paullus vorausschicken, welche für den Geschäftsführer einen verwandten Fall entscheidet.

Paullus libro II. ad Neratium in l. 19. §. 3. de neg. gestis.

[1]) L. 6. §. ult.; l. 7.; l. 8. pr. de neg. gestis.

[2]) Gaius II. 57.

Cum me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti, et ignorans usucepisti: mihi negotiorum gestorum, ut restituas, obligatus non es. Sed si antequam usucapias, cognoscas rem meam esse, subicere (Hal. subjicere) debes aliquem, qui a te petat meo nomine, ut et mihi rem, et tibi stipulationem evictionis committat: nec videris dolum malum facere in hac subjectione: ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis.

Die Thatsachen, auf welchen die Entscheidung des Paullus beruht, haben offenbar mit den uns vorliegenden die auffallendste Aehnlichkeit. Der, welcher die Geschäfte eines Abwesenden führt, kauft in gutem Glauben eine Sache desselben, bekommt aber vor Vollendung der Usucapion Kenntniß vom wahren Eigenthümer. Restituiren kann er nicht sofort, da der Dominus abwesend ist; auch würde ihm dies wegen seines eignen Evictionsanspruchs ohne richterliche Entscheidung kaum zuzumuthen sein. Wie also hat er sich als ehrlicher Mann zu benehmen? Er soll einen Dritten zur Geltendmachung des Eigenthums für den abwesenden Eigenthümer auffordern, nur so dem Vorwurfe der Pflichtverletzung und einem Anspruche aus der Geschäftsführung begegnen können. Ein Anderes ist es freilich, wenn er in seinem Irrthume bis nach Vollendung der Usucapion beharrt; denn dann ist er von jeder Verpflichtung ledig. — Gewiß sehr nahe liegt es, dieselben Grundsätze auf den Besitzer von Erbschaftssachen anzuwenden, und eine gleiche Unterscheidung zwischen dem Possessor pro Herede und dem pro Possessore eintreten zu lassen. Dennoch halte ich dies für entschieden unrichtig. Wie ist vom Prädo, der doch weiß, daß er kein Erbrecht hat, auch nicht wie der Käufer eine richterliche Entscheidung bedarf, die Einleitung jenes künstlichen Processes über das Erbrecht zu verlangen? Und unterscheidet denn Gaius, wenn er das Hadrianische Senatusconsult auf die Usucapio pro Herede anwendet, zwischen dem, der wissentlich, und dem, welcher in gutem Glauben fremde Erbschaftssachen besitzt?

Es bleibt in der That nichts übrig, als einen andern Weg ein-

zuſchlagen, um jene Verpflichtung des Beſitzers unſerm Principe getreu doch aus der Geſchäftsführung zu erklären. Dieſe Erklärung aber iſt gefunden, wenn ſich annehmen läßt, daß die Uſucapion für die Erbſchaft geſchehe. Zwar kann unmittelbar für die Erbſchaft nicht uſucapirt werden, da ſie keinen Beſitz hat, ihr unmittelbar das Eigenthum nicht erworben werden, da ſie bereits Eigenthümerin iſt; wohl aber iſt die Sache ſo zu denken. Der Beſitzer uſucapirt zunächſt für ſich; er würde alſo, wenn ſeine Reſtitutionspflicht nur auf dem Beſitze beruhte, nach vollendeter Uſucapion, wie es urſprünglich galt, von weiterer Haftung befreit ſein. Da er aber zugleich Negotiorum Geſtor iſt, ſo muß der gemachte Erwerb als ein in den Geſchäften der Erbſchaft erworbenes Lucrum betrachtet werden, welches er wie ſonſtige Acceſſionen des Beſitzes mit demſelben zu reſtituiren hat. An ähnlichen Fällen der Art fehlt es ja nicht. Hat Jemand im Auftrage eines Andern eine Sache für ſich (suo nomine) in Beſitz genommen, und durch Fortſetzung des Beſitzes in ſein Eigenthum gebracht, ſo iſt er ohne Zweifel durch die Actio Mandati gehalten, auch das Eigenthum an den Mandanten zu übertragen. Und iſt der Beſitzer einer Sache mit der R. V. belangt worden, und nach der L. C. durch Vollendung der Uſucapion Eigenthümer geworden, ſo umfaßt die Reſtitution als Cauſa des Beſitzes zugleich das Eigenthum.

So hat ſich alſo in einer Menge von Anwendungen der Geſichtspunct der Negotiorum Geſtio, von dem wir ausgegangen ſind, vollkommen beſtätigt. Zum Schluſſe aber iſt Folgendes zu bemerken. Es wird unten gezeigt werden, daß die Cautio Jud. ſolvi mit Eintritt der L. C. von jeher auch dem bonâ Fidei Poſſeſſor die vollen Verpflichtungen eines Geſchäftsführers auferlegte. Da dieſe Haftung in ſpäterer Zeit für den Prädo ſchon vor der L. C. eintrat, ſo erklärt es ſich, wie das Senatusconſult zunächſt in einem Puncte (bezüglich des doloſen Aufgebens des Beſitzes) [1]), Ulpian aber allgemein den Beſitzer in gutem Glauben nach der L. C. dem Prädo gleichſtellen kann.

[1]) L. 20. §. 6. de H. P.

Ulp. libro XV. ad Ed. in l. 25. §. 7. de H. P.

Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam. Quanquam enim litis contestatae mentio fit in SCto, tamen et post controversiam motam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur: qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus.

In dieſer Stelle geht aber Ulpian noch weiter. Da mit Erhebung des Proceſſes (mit der Denunciation, wie es in andern Stellen heißt) der Beſitzer die Ueberzeugung gewinnen müſſe, daß er die Erbſchaft nicht unangefochten inne habe, daß er ſie auf den ungewiſſen Ausgang des Proceſſes hin für einen Andern verwalte, ſo haſte er ſchon von da an gleich einem Prädo („quasi praedones tenentur“) [1]), alſo nicht mehr bloß auf dem Grunde der Cautio Judicatum ſolvi, ſondern auf dem der freiwilligen Führung fremder Geſchäfte. Da man aber nicht ohne Weiteres behaupten kann, daß der gutgläubige Beſitzer durch den Beginn des Proceſſes in böſen Glauben verſetzt werde, ſo iſt doch ein Unterſchied geblieben: der Prädo haftet nach der L. C. auch für den Zufall, der gutgläubige Beſitzer nicht. Worin dies ſeinen Grund habe, ſoll unten nachgewieſen werden.

Blicken wir nunmehr auf die gewonnenen Reſultate zurück, ſo werden wir Folgendes als bewieſen betrachten dürfen. Der Erbſchaftsklage gegenüber wird die Verklagtenqualität, d. h. eine Beſtreitung des Erbrechts angenommen, wenn der Verklagte pro Herede oder pro Poſſeſſore beſitzt; dann aber auch, wenn er Schuldner der Erbſchaft iſt, und die Exiſtenz der Forderung deshalb in Abrede ſtellt, weil er ſich

[1]) Aehnlich drückt ſich Ulpian in l. 20. §. 11. eod. aus: Petitam autem hereditatem, et cetera: id est, ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor, id est, cum primum aut (Hal. habet ei) denuntiatum esset.

ſelbſt für den wahren Erben erklärt. Da es einerlei iſt, ob die Schuld ſchon dem Erblaſſer, oder erſt der Erbſchaft gegenüber entſtanden, ſo haftet auch der Geſchäftsführer derſelben, mag er im Glauben ſtehen, ſelbſt Erbe zu ſein, indem er denn doch in Wirklichkeit fremde Geſchäfte führt, oder mit Wiſſen obwohl in eignem Intereſſe ſich fremde Erbſchaftsſachen angemaßt haben.

II. Von dem Inhalte der Cautio Judicatum ſolvi.

1. Von der Clauſula Jud. ſolvi.

§. 24.

Indem ich mich zur Betrachtung des Inhalts der Cautio Jud. ſolvi wende, beginne ich mit demjenigen Theile der Caution, welcher nach der über den Urſprung der Formula petitoria vorgetragenen Anſicht als der älteſte zu betrachten iſt. Dieſer iſt, wie ſchon der Name anzeigt, die Clauſula Judicatum ſolvi. Denn wie im alten Proceſſe nach gefälltem Präjudicium der Verklagte zur Einleitung des Arbitrium de Re reſtituenda eine Caution jenes Namens leiſtete, welche auf Zahlung der Aeſtimation im Falle unterlaſſener Erfüllung des Judicats gerichtet war, ſo mußte im neuen Verfahren, welches vom Arbitrium ausging, vor Allem die Erfüllung des über das Eigenthum noch zu fällenden Judicates verſprochen und verbürgt werden. Daß dies aber der Inhalt der Clauſula Jud. ſolvi ſei, ſoll ſogleich bewieſen werden.

Ein Zweifel über den Sinn des „judicatum solvi“ kann überhaupt nur dadurch entſtehen, daß es im Vindicationsproceſſe zwei Judicate gibt, die präjudicielle Sentenz über das Eigenthum, und die auf Geld gerichtete Condemnation. Welche von beiden iſt gemeint? Es iſt oben gezeigt worden, daß der wahre Gegenſtand des Verſprechens die Aeſtimation ſei. Wollte man alſo annehmen, daß eben dieſe, inſofern ſie der richterliche Spruch in Geld angeſchlagen habe, jenem Ausdrucke zu Grunde liege, ſo würde die Cl. Jud. ſolvi nicht mehr ein beſonderer Beſtandtheil der Caution neben den Clauſulä de Re defendenda und de Dolo, ſondern die Schlußclauſel derſelben ſein, d. i. der Theil, wel-

chen die Worte „quanti ea res est“ ausmachen [1]). In der That ſtellen aber die römiſchen Juriſten jene drei Clauſeln mit gleicher Berechtigung nebeneinander [2]), und beweiſen dadurch, daß die fragliche Clauſel gleich den übrigen nur eine Bedingung für die Condemnation des Verklagten enthalte.

Dieſe Betrachtung findet eine ausdrückliche Beſtätigung in dem, was Ulpian von der Caution des Nunciaten berichtet.

Ulp. libro LXXX. ad Ed. in l. 21. §. 2. de O. N. N.

Habet autem ista stipulatio condicionem, ut ita demum committatur, si judicatum fuerit, sive ante rem judicatam causa quae acciderit neque res defendatur; et de dolo malo subicitur clausula.

Zwar unterſcheidet ſich dieſe Caution von der Cautio Jud. ſolvi dadurch, daß ſie durch die beiden erſten Clauſeln nicht ſofort auf Geld, ſondern zunächſt auf Reſtitution, und erſt nach deren Verweigerung auf das Intereſſe committirt wird. Allein hierin liegt nur eine Abweichung für die Clauſula de Re def., nicht für die hier in Betracht gezogene, welche, wenn ſie in Geld verfallen ſoll, in beiden Cautionen zweierlei vorausſetzt, daß zu Gunſten des Klägers geurtheilt, und daß vom Verklagten der Gegenſtand des Judicates nicht reſtituirt iſt.

Zu einiger Unterſtützung darf noch folgende Stelle Ulpian's angeführt werden.

Ulp. libro IX. ad Ed. in l. 40. §. 2. de procur. [3])

Sed et is, qui quasi defensor in rem actione convenitur, praeter solitam satisdationem judicatum solvi etiam de rato debet cavere. Quid enim si in hoc judicio rem meam esse pronuntietur: reversus ille, cujus defensor exstiterat, velit fundum vindicare: nonne ratum non videbitur habere, quod judicatum est? denique si verus procurator exstitisset, vel ipse praesens cau-

---

[1]) Auch dieſer Theil wird „Clauſel“ genannt. L. 13. pr. jud. solvi.

[2]) L. 6. jud. solvi (ſ. oben §. 15. a. E.).

[3]) Aehnlichen Inhalts iſt l. 75. eod.

sam suam egisset, et victus esset, si a me vindicaret, exceptione rei judicatae summoveretur? — —

Wenn für den mit der R. V. Belangten ein Defensor auftrat, so mußte er wie der Procurator eines Verklagten Cautio Jud. solvi leisten. Man bemerkte aber, daß hierdurch der Kläger noch nicht ausreichend gesichert sei. Denn wenn schon der Defensor alle Verbindlichkeiten, welche ihm jene Caution auferlegte, erfüllt, und namentlich den Streitgegenstand restituirt hatte, so konnte nun doch der ursprünglich Belangte gegen den frühern Kläger und gegenwärtigen Besitzer wiederum die R. V. anstellen. Der Kläger würde also dem Defensor (und ebenso dem Procurator Absentis) gegenüber im Nachtheile sein, da, wenn er mit dem Besitzer selbst oder mit einem Cognitor desselben [1]) gestritten, und dieser dem Judicate zufolge restituirt hätte, der R. V. eine Exceptio Rei judicatä entgegengestanden haben würde. Diesen Nachtheil abzuwenden, gab es kein besseres Mittel als die Cautio de Rato, welche dem Vindicanten, wenn die restituirte Sache von dem frühern Besitzer wiederum in Anspruch genommen werden sollte, eine Entschädigungsklage gegen den Defensor verlieh. Dies ist der Inhalt vorliegender Stelle. Hier nun wird auf's Bestimmteste die Restitution der streitigen Sache als Zahlung des Judicates gedacht, und deshalb gewiß der Schluß gerechtfertigt, daß die durch eine Cautio de Rato zu ergänzende Cautio Jud. solvi eben auf Restitution des Streitobjects gerichtet worden sei.

Wenn demnach angenommen werden darf, daß die Clausula Jud. solvi indirect die Restitution der dem Kläger zugesprochenen Sache zum Gegenstande hat, so wird nunmehr genauer bestimmt werden können, was in dieser Verbindlichkeit enthalten sei.

Zunächst ist Restitution nichts Anderes, als Rückgabe des Besitzes. Restituere, sagt Gaius, est possessorem facere [2]). Dazu bedarf

---

[1]) Ursprünglich wird statt von einem „verus procurator" vom Cognitor geredet worden sein, der wie der Dominus selbst die Sache in Judicium deducirte. Vergl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 191.

[2]) L. 22. de V. S.

es aber der Mitwirkung des Klägers, welcher den Besitz erwerben will, und es fragt sich also, wo die Restitution geschehen müsse, ob dabei das Darbieten des Verklagten, oder das Ansichnehmen des Klägers vorwiege. Bei unbeweglichen Sachen vertheilen sich diese Functionen von selbst, ebenso bei beweglichen, welche zur Zeit des Judicats am Gerichtsorte anwesend sind. In Beziehung auf andere aber hat der Verklagte zunächst genug gethan, wenn er dem Kläger gestattet, sie abzuholen; will dieser jedoch Gefahr und Kosten des Transportes [1]) tragen, so muß ihm das Streitobject zum Gerichtsorte gebracht, oder dieserhalb Caution geleistet werden [2]). Man kann also so sagen. Ist die Restitution einer beweglichen Sache zum Gegenstande eines Versprechens gemacht worden, so soll sie nach der Absicht der Contrahenten am Orte der Vertragsschließung, also zufolge der Cautio Jud. solvi an dem der Litis Contestation geschehen, vorausgesetzt, daß der Gläubiger die Kosten des Transportes übernimmt [3]). Nur der Dolus bringt hierin eine Aenderung hervor; und es mag gleich an diesem Orte bemerkt werden, daß, wenn

[1]) Zu den Kosten des Transportes eines Sclaven gehört der Unterhalt jedoch nicht, weil dieser den Besitzer auch sonst getroffen haben würde. Nur wenn der Sclav aus seinen Diensten ernährt wurde, wegen der Reise aber feiern muß, müssen natürlich auch die Nahrungsmittel ersetzt werden. Vergl. l. 10. de R. V. mit l. 11, §. 1. ad exhib.

[2]) L. 10. de R. V. (Paullus): „Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si praesens non sit? Et non malum est, si b. f. possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter vel navigationem faciendi sunt.“ L. 11. eod. (Ulp.): „Nisi si malit petitor suis impensis et periculo ibi, ubi judicatur, rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisdatione cavebitur.“

[3]) Auch bei denjenigen B. F. Negotia, welche eine Restitutionspflicht erzeugen, muß da restituirt werden, wo die Sache überliefert worden ist. Zwar läugnet dies Pomponius (l. 12. §. 1. depos.); eine deponirte Sache, meint er, sei da zu restituiren, wo sie sich ohne des Depositars Dolus befinde, so daß auf den Ort der Deposition nichts ankomme. Allein das heißt doch nur soviel, der Depositar stehe für Casus und Culpa nicht ein, und dürfe daher, wenn die deponirte Sache durch das Eine oder Andere an einen dritten Ort gekommen sei, auch hier restituiren. Dem Commodatar wird also nur der Zufall nachgesehen werden können. Selbst bei der Actio ad Exhibendum, die doch eine „actio in rem scripta“ ist, wird der Verklagte durch die L. C. verpflichtet, am Gerichtsorte zu restituiren (l. 11. §. 1. ad exhib.). Freilich werden überall in diesen

der Verklagte nach der L. C. das Streitobject böslich entfernt habe, er die Rücksendung auf eigene Kosten besorgen müsse [1]).

Mit der Hauptsache werden die Accessionen restituirt, und zu ihnen gehören, abgesehen von dem, was durch äußere Verbindung eins mit der Hauptsache geworden ist [2]), vor Allem die eigentlich organischen Erzeugnisse, der Partus Ancillä und die natürlichen Früchte [3]); dann aber auch die Fructus civiles, und unter diesen der Vortheil, welchen der Besitzer von Sachen, „quae usui non fructui sunt," aus deren Gebrauch gezogen hat [4]). Natürlich kann darauf nichts ankommen, daß etwa gegen das materielle Recht des Klägers Eigenthum anerkannt worden ist; der Irrthum, welcher in Beziehung auf die Hauptsache wirkte, muß auch die Accessionen treffen [5]). Dagegen fällt allerdings die Restitution derjenigen Früchte hinweg, welche dem Kläger rechtlich nicht gebühren, weil einem Dritten der Ususfructus an dem Streitobjecte zusteht [6]).

Sollen aber überhaupt diese Accessionen als Gegenstand der Restitution betrachtet werden, so ergibt sich sogleich folgende allgemeine Beschränkung. So wenig eine Sache vindicirt werden kann, welche vor der L. C. untergegangen oder veräußert ist, eben so wenig Accessionen, deren Besitz der Verklagte bei'm Beginne des Streites nicht mehr hat. In der That wird dieser Satz für den B. F. Possessor noch im späte-

---

Fällen dem Verklagten, wenn sich die Sache nicht durch seine Schuld an einem andern Orte befindet, die Transportkosten ersetzt. Daß dies aber mit der Pflicht, an einem bestimmten Orte zu restituiren, nicht in Widerspruch stehe, beweist l. 12. pr. depositi.

[1]) L. 12. de R. V. (Paulus): „Si vero m. f. possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis." Vergl. l. 11. §. 1. ad exhib.

[2]) L. 34. de R. V.; l. 39. pr.; l. 59.; l. 61. eod.

[3]) L. 17. §. 1. eod.; l. 22. und 23. de V. S. Der Ausdruck „recte restitui" scheint in der Clausula Jud. solvi nicht vorgekommen zu sein. Ueber diesen Ausdruck vergl. Huschke: De actionum formulis, quae in lege Rubria exstant, p. 31.; Savigny: System Bd. V. S. 495.

[4]) L. 64. de R. V.; l. 62. pr. eod.

[5]) L. 35. §. 1. de R. V.

[6]) L. 33.; l. 35. pr. eod.; l. 19. pr. de usuris.

ſten römiſchen Rechte unverändert anerkannt [1]); er hat aber wahrſcheinlich früherhin auch für den M. F. Poſſeſſor gegolten. Hierfür ſpricht außer der Natur der Sache eine Reihe von Stellen, in denen mit Bezug auf den Prädo von einer Vindication der noch vorhandenen, und einer Condiction der conſumirten Früchte geredet wird, was offenbar nur dann einen verſtändigen Sinn hat, wenn in letzterm Falle die Vindication nicht ausreichte.

Paullus libro XXIII. ad Ed. in l. 4. §. 2. fin. regund.
Sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium (finium regundorum) venient. Aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit, aut mala fide, et condici oportet.

Bekanntlich hat die Actio Finium regundorum (da wo eine wirkliche Grenzverwirrung nicht Statt findet) die Functionen der Eigenthumsklage; auch dieſe wird alſo, wie Paullus vorliegend für jene bezeugt, dem M. F. Poſſeſſor die conſumirten Früchte nicht entziehen können.

Ulp. libro XXX. ad Ed. in l. 22. §. 1. de pign. act.
A praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt, et consumpti condici.

Hier liegt uns der Gegenſatz zwiſchen Vindication und Condiction unmittelbar vor. Hat der wiſſentliche Beſitzer einer fremden Sache dieſe zu Pfand gegeben, ſo darf er auch die Früchte, die er doch ſelbſt ſich nicht zu eigen macht, mit der Pfandklage fordern; denn ſowohl für die vorhandenen als für die conſumirten haftet er dem Eigenthümer, für letztere mit der Condiction. Ohne Zweifel iſt es auch eben dieſe Condiction, deren African bei der Exceptio Präjudicii Er-

[1]) §. 2. I. de off. jud.: „Si verò bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumtorum, neque non perceptorum.“ — §. 35. I. de R. D.: „Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest.“

wähnung thut, indem er entſcheidet, der Eigenthumsproceß müſſe ihr vorausgehen.

Africanus libro IX. quaest. in l. 18. de except.

Si ejus fundi, quem et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim, quaesitum est, an exceptio noceat?

Zwei andere Stellen gehören dem Codex an [1]).

Gordianus A. Basso in l. 4. C. de crim. expil. hered. (243.)

— — Fructus autem rerum, quas mala fide tenuit, licet expilatae hereditatis non teneatur crimine, suos non facit, sed exstantes quidem vindicari, consumtos vero condici posse procul dubio est.

Die Ehefrau ſoll an der Erbſchaft ihres Mannes kein Crimen expilatä Hereditatis begehen, dagegen mit der entſprechenden dinglichen Klage belangt werden können. Dieſe Entſcheidung hatte der Kaiſer im Beginne des vorſtehenden Reſcripts gegeben. Damit man aber daraus nicht folgere, die Ehefrau beſitze bona Fide, verweiſt er die Erben, hinſichtlich der Früchte, ausdrücklich auf die Rechtsmittel, welche dem Eigenthümer gegen den M. F. Poſſeſſor zuſtehen. Daß die Eigenthumsklage ſtatt der Erbſchaftsklage als die zuſtändige bezeichnet wird, dürfte in der von der Ehefrau verſuchten Vertheidigung ſeinen Grund haben. Die Frau hatte ohne Zweifel kein Erbrecht in Anſpruch genommen, ſondern Eigenthümerin der beſeitigten Sachen zu ſein behauptet,

---

[1]) G. E. Heimbach: Die Lehre von der Frucht, Leipzig 1843. S. 94. fg. zählt noch eine Stelle des Labeo hierher, die ſich in 78. de R. V. findet: „Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet.“ In dieſen letzten Worten findet er die Intentio der Condictio furtiva. Vgl. Gai. IV. 4.; l. 8. §. 7. de liberat. legata. Sehr zweifelhaft iſt aber doch die Beziehung der Stelle auf den M. F. Poſſeſſor nicht nur wegen der in der nachfolgenden Interpretation des Paullus angenommenen Möglichkeit eines Eigenthumserwerbes an den Früchten, ſondern auch wegen der Basil. XV. 1. 77. (*Ὁ καλῇ πίστει νομεύς, εἰ μὴ καρποὺς ἔλαβεν, οὐ δίδωσιν. οὓς δὲ λάβῃ ἰδίῳ ὀνόματι ἰδίους ποιεῖ.*) Siehe Cujac. Obss. XI. 39.

was ohne Poſſeſſio pro Suo in ihrem Verhältniſſe zu dem Vermögen ihres Mannes einen Rechtfertigungsgrund fand.

Dioclet. et Maxim. Galatiae in l. 3. C. de cond. ex lege (302.) Mala fide possidens de proprietate victus de exstantibus fructibus rei vindicatione, de consumtis vero condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.

Die Erklärung dieſer Stelle verlangt nur die Beſeitigung eines Mißverſtändniſſes. Die Rei Vindicatio, von welcher die Rede iſt, darf nicht als eine beſondere der Anerkennung des Eigenthums nachfolgende Klage angeſehen werden; ſie iſt vielmehr das eben hierauf und zugleich auf Reſtitution der vorhandenen Früchte gerichtete Rechtsmittel, während die Condictio allerdings ein beſonderes, freilich äußerlich mit dem Eigenthumsproceſſe zu verbindendes Judicium bewirkt [1]).

---

[1]) Man fragt billig, welche Condiction denn in jenen Stellen gemeint ſei? Savigny: Syſtem Bd. V. S. 523. und S. 552. denkt an die Condictio ſine Cauſa, mit welcher, wie er ſagt, dasjenige condicirt werden könne, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigenthum übergehe. Dieſen Uebergang werde im vorliegenden Falle die Conſumtion bewirken, welcher in der That ſehr häufig als einer Vorausſetzung der Condictio ſine Cauſa Erwähnung geſchieht. Allein die Conſumtion begründet dieſe Condiction nur dann, wenn ſie eine unvollſtändige Datio ergänzt, wie nicht nur eine große Menge von Beiſpielen, ſondern auch folgende allgemeine Regel Ulpian's in l. 14. de rebus cred. beweiſt: „totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset, in proposito autem non esset.“ Auch gibt die Annahme Savigny's keine Löſung dafür, warum die Condiction wegen der Früchte nur gegen den unredlichen Beſitzer, nicht auch gegen den redlichen gegeben wird. Näher kommt Donellus (Comm. jur. civ. p. 1161.) der Wahrheit, wenn er in jener Condiction die Condictio furtiva ſieht. Meines Erachtens verhält ſich die Sache ſo. Der juriſtiſche Beſitzer einer Sache iſt auch Beſitzer der Früchte, nicht bloß ſo lange dieſelben hängen, ſondern auch nach ihrer Lostrennung, ohne daß er eine beſondere Apprehenſion vorzunehmen brauchte. Eben deshalb kann aber auch weder die Separation der hängenden, noch die Apprehenſion der ſeparirten Früchte als eine Contrectation betrachtet werden, welche den unredlichen Beſitzer zum Diebe der Früchte machte. Dagegen iſt die Conſumtion der Früchte wenigſtens in dem Falle eine wahre Contrectation, wenn ſie in einer Veräußerung beſteht (Gai. II. 50.; §. 3. I. de usucap.), während ſich der Begriff des Diebſtahls ſo wenig auf das unredliche Aufzehren der Früchte wie auf die unredliche Specification fremder

Wenn nun hierdurch der Grundsatz festgestellt ist, daß auch der Besitzer in bösem Glauben auf Restitution der Früchte nur dann verurtheilt werden konnte, wenn dieselben zur Zeit der L. C. noch existirten, so darf doch nicht verkannt werden, daß sich im Laufe der Zeit wie für die Hauptsache, so für die Früchte eine andere Ansicht Eingang verschaffte. Seitdem man nämlich mit Berufung auf das Senatusconsultum Juventianum die Eigenthumsklage gegen den „dolo desineus possidere" zuließ, mußten mit dieser Klage auch die consumirten Früchte vom M. F. Possessor eingeklagt werden können. Die Eigenthumsklage versah nunmehr zugleich die früherhin der Condiction zustehenden Functionen [1]). Am bestimmtesten spricht dies eine Stelle des Paullus aus.

Paullus libro XVI. Resp. in l. 15. de usuris.

Neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi a malae fidei possessore condicuntur.

Paullus wirft die Frage auf, ob dem Eigenthümer wie unter Um-

Sachen angewandt findet. Alle Stellen, welche die Condictio furtiva gegen den Specificanten gewähren, setzen eine „res surrepta" voraus (Gai. II. 79.; §. 26. I. de R. D.; l. 13.; l. 14. §. 3. de cond. furt.; l. 52. §. 14. de furtis); und die eine von unredlicher Specification handelnde l. 12. §. 3. ad exhib. umgeht die Frage und gewährt eine Actio ad Exhibendum. Jedenfalls muß aber die rechtswidrige Verwendung fremden Guts in eignen Nutzen eine Condictio ex injusta Causa erzeugen, gleichwie die „divortii causa" geschehene Consumtion von Sachen des Ehemannes gegen die Ehefrau eine Actio Rerum amotarum begründet (l. 3. §. 3. de act. rer. amot.: „Item verum est, quod Olilius ait, etiam eas res, quod divortii tempore mulier comederit, vendiderit, donaverit, qualibet ratione consumpserit, rerum amotarum judicio contineri"). Die Condictio ex injusta Causa begreift also sowohl die veräußerten, als die aufgezehrten Früchte. Vergl. auch l. 4. §. 1. de reb. ered. Mit diesem Resultate einverstanden, nur in der Begründung abweichend ist G. E. Heimbach: Die Lehre von der Frucht, 5te Abh.

[1]) Der Eigenthümer hatte also jetzt zwei Rechtsmittel. Deshalb wären die obigen Stellen, welche, als der Uebergangsperiode angehörend, noch eine ausschließliche Anwendung der Condiction annehmen, in die Compilation besser nicht aufgenommen.

ſtänden dem Erben von den Früchten Zinſen zu präſtiren ſeien.' Er verneint dieſe Frage ſowohl für die nach der L. C. auf Anordnung des Juder zu leiſtenden, als für die vorher percipirten Früchte. Daß er die letztern aber als durch Conſumtion vernichtet denkt, beweiſt er durch die Erwähnung der Condiction, welche, wie wir geſehen, nur auf ſolche Früchte Anwendung litt. — Sodann gehören noch folgende Stellen hierher.

Alexander Evocato et aliis in l. 5. C. de usufr. et habit. (227.)
Si pater usumfructum praediorum in tempus vestrae pubertatis matri vestrae reliquit: finito usufructu postquam vos adolevistis, posterioris temporis fructus perceptos ab ea repetere potestis: quos nulla ratione sciens de alieno percepit.

Diocl. et Maxim. Sabino et aliis in l. 17. C. de R. V. (293.)
Si fundum vestrum — — non recte is, contra quem preces funditis comparavit, — — tam fundum vestrum constitutum probantibus, quam fructus, quos eum mala fide percepisse fuerit probatum, aditus Praeses provinciae restitui jubebit.

§. 35. I. de R. D.
Et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.

In der That muß man im Sinne ſtrenger Conſequenz hierbei ſtehen bleiben, wie es die römiſchen Juriſten gethan haben. Daß Papinian, welchen man für eine ſtärkere Haftung des M. F. Poſſeſſor anzuführen pflegt, die Zeit nach der L. C. im Auge habe, wird unten bewieſen werden [1]). Allerdings tauchte aber einmal unter den ſpätern

[1]) L. 62. §. 1. de R. V. Ebenſo iſt es mit l. 1. C. de fide et jure hastae (easdem res recipies cum fructibus, quos ad emtorem pervenisse, vel pervenire debere constiterit). Der Kaiſer reſcribirt nach begonnenem Proceſſe, und ſpricht daher dem Kläger auch die zu percipirenden Früchte zu. Hatte er dabei an die Zeit vor

Kaiſern die mit dem dinglichen Character der R. V. unverträgliche Anſicht auf, der Beſitzer in böſem Glauben ſei wie der unredliche Beſitzer von Erbſchaftsſachen auch vor der L. C. für die Fructus percipiendi einzuſtehen verpflichtet. So ſprach eine Conſtitution der Kaiſer Valentinian und Valens aus, der B. F. Poſſeſſor ſolle vom Tage der L. C. an, der M. F. Poſſeſſor (der mit Rückſicht auf Eigenthums- und Erbſchaftsklage „invasor rei alienae praedove“ genannt wird) vom Tage des Beſitzerwerbes an doppelte Früchte zahlen, und zwar nicht nur die gezogenen, ſondern auch die, welche hätten gezogen werden müſſen („quos percipi oportuisse, non quos eum redegisse constabit“) [1]). Allein Juſtinian hat dieſe Stelle mit Hinweglaſſung der über den unredlichen Beſitzer getroffenen Beſtimmungen und ohne die doppelten Früchte in ſeine Compilation aufgenommen. Und ein Reſcript Gordian's [2]), welches den Beſitzer zur Leiſtung derjenigen Früchte ſchuldig ſpricht, die er hätte ziehen können, handelt, obſchon es in dem Titel „de rei vindicatione“ ſteht, bei genauerer Betrachtung nicht von der Eigenthumsklage, ſondern von der Erbſchaftsklage; denn es beginnt mit den Worten:

Domum, quam ex matris successione ad te pertinere, et ab adversa parte injuria occupatam esse ostendis, — —

Unter ſolchen Umſtänden kann es nicht zweifelhaft ſein, daß Juſtinian die ältere, durch ſo zahlreiche Stellen bezeugte Anſicht ſeiner Compilation einzuverleiben gedachte [3]). Er ſelbſt hat ſich darüber in der

der L. C. gedacht, ſo würde er „pervenire debuisse“ haben ſagen müſſen, wie er „pervenisse“ geſagt hat.

[1]) L. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. (4. 18.); l. 2. C. I. eod. In der letzten Stelle heißt es ſo: „Litigator victus, qui post conventionem rei incumbit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, sed eos, quos percipi potuisse, non quos enm redegisse constabit, exsolvat ex eo, ex quo re in judicium deducta scientiam malae possessionis accepit.“

[2]) L. 5. C. de R. V.

[3]) Sehr unbeſtimmt iſt l. 22. C. de R. V. eine Conſt. von Diocl. et Maxim.: — „certum est, m. f. possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: bonae fidei vero exstantes: post autem litis contestationem universos.“ — Dieſe

oben abgedruckten Institutionenstelle auf das Bestimmteste ausgesprochen [1]). Vor der L. C. haftet also der Besitzer in gutem Glauben für die vorhandenen, der in bösem Glauben auch für die consumirten Früchte. Daß sich mit diesem Zeitpuncte die Verpflichtungen beider wesentlich erweitern, wird später als eine Wirkung der Clausula de Dolo nachzuweisen sein. Hier aber mag daran erinnert werden, wie für die Erbschaftsbesitzer der Gesichtspunct einer Geschäftsführung zu einem völlig verschiedenen Resultate geführt hat, insofern der gutgläubige Besitzer auch für die consumirten, so weit er durch dieselben bereichert ist, der Prädo sogar für diejenigen einsteht, welche er bei gehöriger Sorgfalt hätte ziehen können.

Soviel von den Früchten. Wie nun, wenn das Streitobject nach der L. C. vom Besitzer usucapirt worden ist? Auch hier wird der Erfolg der Usucapion als ein Vortheil betrachtet, welcher mit dem Besitze restituirt wird. Paullus nennt ihn „causa usucapionis“ [2]). Zugleich werden aber durch die Usucapion Erwerbe möglich, welche vom bloßen Besitzer nicht gewonnen werden können. So werden, wenn ein Sclav Gegenstand des Streites ist, nach vollendeter Usucapion vom Verklagten Legate und Erbschaften erworben, und deshalb mit dem Sclaven restituirt; ebenso der in's Eigenthum desselben gekommene Par-

---

Stelle erhält ihre Erklärung durch eine Const. derselben Kaiser (l. 17. C. eod.), wo die Früchte, welche der M. F. Possessor vor der L. C. restituirt, als solche bezeichnet werden, „quos eum mala fide percepisse fuerit probatum.“ So erklären auch die Basiliken die „omnes fructus“ für „πάντας οὓς ἔλαβε καρπούς.“ Vgl. Basil. lib. XV. tit. 1. §. 101.

[1]) Völlig untauglich, ein anderes Resultat zu erbringen, ist §. 2. I. de off. judicis: „Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si praedo fuerit.“ Denn hier wird nicht eine Beurtheilung der R. V. nach den Grundsätzen der H. P. ausgesprochen, sondern umgekehrt auf §. 35. I. de R. D. verwiesen, und nur im Ganzen eine Uebereinstimmung beider Klagen hinsichtlich der Fructus percipiendi anerkannt. Vgl. Theoph. ad h. l. — Uebrigens stimmt mit dem hier gewonnenen Resultate, so weit es sich auf die R. V. bezieht, überein Madai in der Zeitschrift für Civilr. und Pr. Bd. XI. Nro. 1.

[2]) L. 35. de V. S.

tus Ancillä. Aber auch in Beziehung auf die Hauptſache genügt die einfache Uebergabe (traditio) nicht. Denn wie, wenn der Verklagte inzwiſchen als Eigenthümer eine Freilaſſung, Verpfändung, oder ſonſt eine verletzende Handlung vorgenommen hat, die der Kläger nicht kennt, und deshalb nicht ſofort zur Schätzung bringen kann. Um hiergegen Sicherheit zu geben, leiſtet er eine Cautio de Dolo, die ſich, wenn mit der Sclavin ein Partus reſtituirt wird, auch auf dieſen erſtreckt [1]).

Iſt die Reſtituendi Facultas der Hauptſache vor der L. C. verloren gegangen, ſo kann überhaupt, außer gegen den „dolo desinens possidere“ nicht geklagt werden. Nach der L. C. aber hat unverſchuldeter Verluſt des Beſitzes, abgeſehen von der Mora, Abſolution des Verklagten in der Hauptſache zur Folge. Doch wird darum nicht ohne Weiteres die Feſtſtellung des Eigenthums unnöthig; denn ſowohl die Evictionsanſprüche des Unterliegenden gegen ſeinen Auctor, als die Acceſſionen, welche dem Kläger gebühren, erheiſchen ein Urtheil [2]). Anders wirken Verhältniſſe, welche die Reſtitution zwar nicht ganz, aber doch innerhalb der höchſtens bis zum Ablaufe der Proceßverjährung zu verlängernden Reſtitutionsfriſt unmöglich machen. Hier dient eine Cautio de Reſtituendo zur Aushülfe [3]). So geſchieht es, wenn der vindicirte Sclav auf der Flucht begriffen iſt, oder der Verklagte durch einen abweſenden Hausſohn beſitzt; bei der Erbſchaftsklage insbeſondere, wenn eine bedingte Schuld die Verklagtenqualität begründet [4]).

Hier am Schluſſe mögen noch die Stellen aufgeführt werden, welche von dem Gegenſtande der Reſtitutionsverbindlichkeit handeln.

Pomponius libro XVI. Epist. in l. 246. §. 1. de V. S.

---

[1]) Vergl. l. 45. de R. V. und überhaupt l. 17. §. 1.; l. 18.; l. 20. eod. Siehe auch l. 15. de pign. act.; l. 7. §. 3. de dolo malo. J. Stahl: Comm. ad l. 18. de R. V. beantwortet die Frage, ob durch L. C. die Uſucapion unterbrochen werde.

[2]) L. 16. pr. de R. V.; l. 11. jud. solvi.

[3]) §. 2. I. de off. jud.; §. 3. eod.; l. 5. §. 6.; l. 12. §. 5. ad exhibendum.

[4]) L. 21. i. f. de R. V.; l. 47. §. 2. de leg. I.; l. 4. §. 7. de exc. doli. — L. 27. §. 4. de R. V. — L. 16. pr. de H. P.; l. 13. §. 5. de pign.

Restituit non tantum, qui solum corpus, sed et qui omnem rem condicionemque reddita causa praestet (Hal. et Vulg. praestat): et omnis restitutio juris est interpretatio.

Gaius libro IV. ad Ed. prov. in l. 22. eod.

Plus est in redhibitione, quam in exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis praebere: restituere est etiam possessorem facere, fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

Ulpianus libro XIV. ad Ed. in l. 23. eod.

Rei appellatione et causa et jura continentur.

Von beſonderer Bedeutung ſind aber ſolche Stellen, in denen der Umfang der Reſtitutionspflicht unter einen allgemeinen Geſichtspunct gebracht wird. Der Art ſind folgende:

Paullus libro L. ad Ed. in l. 75. de V. S.

Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

Idem libro XVII. ad Ed. in l. 35. eod.

Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim judicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est, et usucapionis causam et fructuum.

Idem libro XXI. ad Ed. in l. 35. §. 1. de R. V.

— — alioquin, ut Mauricianus (Hal. et Vulg. Martianus) ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui: et quare habeat, quod non habiturus esset possessor, si statim possessionem restituisset?

Gaius libro VII. ad Ed. prov. in l. 20. eod.

Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum judicium per eum (sc. servum), non ex re sua, adquisivit: in quo hereditates quoque legataque, quae per eum servum obvenerunt, continentur: nec enim sufficit, corpus ipsum restitui: sed opus est, ut et causa restituatur: id est, ut omne habeat

petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.

Außerdem wird die in den letzten Stellen ſich wiederholende Regel auch als der Inhalt einer Oratio des D. Hadrianus von Paullus in einer Stelle erwähnt, welche unten noch benutzt werden wird [1]). Wie nun iſt dieſe Regel zu verſtehen? Nimmt man dieſelbe wörtlich, ſo kann ſie verleiten, alle die mannichfaltigen Präſtationen daraus zu erklären, welche mit der L. C. für den Beſitzer beginnen, namentlich alſo die erweiterte Haftung für die Früchte, für die Fortdauer und Integrität des Streitobjects. In der That ſtehen dieſer Auffaſſung aber ſehr gewichtige Gründe entgegen. Zunächſt führt ſie weit über die beglaubigten Verpflichtungen des Beſitzers hinaus; ſie würde auch den B. F. Poſſeſſor unbedingt für den Untergang, ſo wie für diejenigen Früchte verhaften, welche der Kläger hätte ziehen können. Sodann aber beſitzen wir ein Zeugniß Papinian's, welches jene Regel ausdrücklich nur auf die wirklich gezogenen Früchte, mithin auf die wahren Acceſſionen bezieht.

Papinianus libro VI. Quaest. in l. 2. de usuris et fruct.

Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem contestatam causa praestetur: cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.

In einer andern Stelle wird die Entſtehung dieſer Praxis auf die billigere Anſicht des Sabinus und Caſſius zurückgeführt [2]). Hiernach verhält ſich die Sache ſo. Daß diejenigen Acceſſionen reſtituirt werden,

---

[1]) L. 40. pr. de H. P.

[2]) L. 38. §. 7. de usuris et fruct. (Paullus): „Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiam si mora facta sit. Quodsi acceptum est judicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum judicium praestandos putant, ut causa restituatur: quod puto recte dici.“ Ohne Zweifel hängt dieſe Anſicht der Sabinianer, daß nach der L. C. auch die Cauſa reſtituirt werden müſſe, mit dem Satze: „omnia judicia esse absolutoria“ im engſten Zuſammenhange.

welche zur Zeit der L. C. schon vorhanden sind, versteht sich von selbst, weil sie Gegenstand des Eigenthums sind. Dieser Grund paßt aber nicht für die erst später hinzugekommenen; umgekehrt nur das, was zur Zeit der L. C. dem Vindicanten eigen ist, kann ihm vom Richter zugesprochen werden. Sollte nun deshalb der Kläger auf diese Vortheile verzichten, oder sollte er gar zurückgewiesen werden, wenn nach der L. C. die begonnene Usucapion vom Verklagten vollendet war? Gewiß, ein solcher Ausgang würde das materielle Recht der Form vollständig geopfert haben. Man retrotrahirte deshalb die spätern Accessionen zu Gunsten des Klägers auf den Beginn des Processes, und bildete daraus die obige Regel. Glücklich aber ist der Ausdruck derselben keineswegs zu nennen; practisches Mißverständniß würde eher vermieden sein, wenn man sich ausgedrückt hätte, wie in der oben abgedruckten Stelle Mauricianus es thut: der Besitzer müsse das restituiren, was er nicht gehabt, wenn er sofort restituirt hätte.

In dem Bisherigen ist nun die Restitutionspflicht bloß für die R. V. betrachtet worden, ohne fortlaufende Rücksicht auf die Abweichungen, welche bei der H. P. vorkommen. In der That reduciren sich diese Abweichungen aber auf das, was oben über die Bestimmung des Besitzes bei der Erbschaftsklage vorgetragen worden ist.

Fortsetzung (Mora).

§. 25.

Es bleibt noch die Frage zu erörtern, welchen Einfluß auf die aus der Clausula Jud. solvi entstehende Verbindlichkeit der Untergang des Streitobjects ausübe. Im Allgemeinen muß man behaupten, daß er diese Verbindlichkeit vernichte, da er die Möglichkeit der Restitution aufhebt. Allein ein Unrecht des Besitzers kann hierin doch eine Aenderung bewirken. Denn auch bei den Obligationes stricti Juris nahmen die Römer eine Perpetuatio Obligationis dann an, si per promissorem

stetit, quo minus daret [1]) (oder faceret [2])), d. h. wenn der Schuldner die Zahlung durch seinen Dolus oder durch seine Mora unmöglich gemacht hat. Nun fällt aber der Dolus bei dinglichen Klagen unter die auch die Diligentia umfassende Clausula de Dolo und kommt deshalb bei der Restitution nicht weiter in Betracht; wir haben es also jetzt allein mit der Mora zu thun.

Und unter welchen Voraussetzungen findet diese nun hier Anwendung? Von vornherein ist soviel klar, daß der Besitzer nicht überall und unbedingt für den Untergang des Streitobjects einstehen könne, es würde sonst nach dieser Seite hin die Clausula de Dolo nicht auch wirksam sein können. Wo daher die römischen Juristen der Mora des Besitzers Erwähnung thun, fügen sie immer bedeutende Beschränkungen hinzu. In sehr allgemeiner Weise geschieht dies in einer Stelle des Paullus [3]).

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 16. pr. de R. V.

Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus, et stipulationem de evictione: non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.

Gewissermaßen einen Commentar hierzu liefert eine andere Stelle dieses Juristen.

Idem libro XX. ad Ed. in l. 40. pr. de H. P.

Illud quoque quod in Oratione Divi Hadriani est: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit (Hal. et Vulg. petiit), restituta esset hereditas, interdum durum est: quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus

---

[1]) L. 23. de V. O.; l. 91. pr. eod.

[2]) L. 35. pr. eod.; ein „facere" ist auch die versprochene Restitution.

[3]) In andern Stellen wird der Besitzer absolvirt, wenn er ohne Dolus aufgehört hat zu besitzen. Vergl. l. 41. pr. de H. P.; l. 27. §. 1. de R. V.; l. 17. de exc. rei jud.

petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.

Der von Paullus zwiſchen redlichem und unredlichem Beſitzer gemachte Unterſchied erklärt ſich folgendermaßen. Die Frage, ob Verzug vorhanden ſei, beantworteten die Römer nicht nach allgemeinen Rechtsregeln, ſondern nach jedesmaliger Geſtaltung des einzelnen Falles. Deshalb bekämpfte man auch die Annahme, daß den Verklagten überall mit der L. C. eine Mora treffe, ſo wahr es ſein mochte, daß in dieſem Acte eine dringende Mahnung liege. Denn wie unbillig wäre es geweſen, demjenigen, welcher in ſeinem Rechte zu ſein vermeinte, die Präſtation des Zufalls zuzumuthen, und damit die Vertheidigung ſeines Rechtes zu verargen. Ja man mußte vielmehr behaupten, durch den Irrthum, in dem ſich der B. F. Poſſeſſor befinde, werde der Verzug ganz ausgeſchloſſen[1]). In dieſem Sinne ſagt Paullus, wer nicht zahle, aber bereit ſei, ſich auf die Klage zu ſtellen, komme nicht in Verzug, vorausgeſetzt, daß er mit Grund auf den Ausſpruch des Richters provocire[2]). So wurde man mit Nothwendigkeit zu der Unterſcheidung getrieben, welche am Schluſſe jener Stelle als maaßgebend hingeſtellt iſt: der Beſitzer in böſem Glauben ſtehe für den Untergang ein, der in gutem Glauben nicht. Ehe man aber zu dieſem klaren und befriedigenden Reſultate gelangte, mußten mancherlei Irrthümer durchgefochten werden. Zunächſt konnte man an der am Schluſſe des vorigen Paragraphen erklärten Regel Anſtoß nehmen, daß dem

[1]) L. 42. de R. J. (Gaius): „Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur, deberetur.“ — —

[2]) L. 25. §. 1. de usuris: „Si quis solutione quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad judicium provocavit.“ — L. 63. de R. J. (Julian.): „Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.“ Vergl. auch l. 47. de usuris et fruct.

Kläger zu reſtituiren ſei, was er gehabt haben würde, wenn ihm ſofort reſtituirt worden wäre, und darnach auch den B. F. Poſſeſſor wegen des Zufalls zur Haftung ziehen. Daß aber dies der Sinn jener Regel nicht ſei, fühlte man ſo ſehr, daß Proculus den durch den Beſitzer nicht verſchuldeten Untergang bei Erbſchaften ganz außer Anſchlag ließ (ohne Zweifel deshalb, weil man dieſe als Ganze betrachtete, welche ihrer Natur zufolge ſich mehren und mindern können), Sabinus und Caſſius aber denſelben auch nicht einmal bei einzelnen Sachen berückſichtigten, während Paullus die Haftung auf ihren wahren Grund, die Mora, zurückführte, und nur für den Beſitzer in böſem Glauben annahm. Wie es ſcheint, hatte man ſich hierüber ſpäterhin allgemein verſtändigt [1]); denn wir finden dieſelbe Anſicht auch bei Ulpian.

Ulpian. libro LXXVIII. ad Ed. in l. 82. de V. O.

Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane rem meam mihi restitui recte stipulari videor. §. 1. Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret: et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit (Hal. et Rhed. maluerit), quam restituere.

Daß Ulpian von den proceſſualiſchen Verbindlichkeiten des Beſitzers handle, ergibt ſich nicht nur aus dem Principium der Stelle,

---

[1]) Nicht entgegen iſt l. 62. pr. de R. V., wo es heißt: „periculum navis (malae fidei) possessor petitori praestare non debet.“ Papinian will nämlich hiermit keinen allgemein gültigen Grundſatz aufſtellen, ſondern vielmehr die Entſcheidung des ihm vorliegenden Falles geben. Einen näheren Anhaltspunct für die Beſtimmung der Verhältniſſe aber, welche Papinian vor Augen hat, finden wir in der dem Beſitzer auferlegten Präſtation von Fructus percipiendi. Denn dieſe weiſt auf den unredlichen Beſitzer von Erbſchaftsſachen vor der L. C. hin, oder (was mit dem Ausdrucke „m. f. possessor“ und dem Titel, in welchem ſich unſere Stelle findet, mehr harmonirt) auf den unredlichen Beſitzer einer einzelnen Sache nach der Litis Conteſtation. Der letztere ſteht aber, wie am Ende dieſes Paragraphen gezeigt wird, für den Untergang des Streitobjects dann nicht ein, wenn dieſes auch bei dem Vindicanten untergegangen ſein würde, wie ohne Bedenken bei einer „navis locari solita“, von der die Rede iſt, angenommen werden darf.

welches die Gültigkeit der auf Reſtitution einer eignen Sache gerichteten Stipulation behauptet, ſondern insbeſondere auch aus der Inſcription. Denn die Stelle iſt dem 78ſten Buche des Commentars zum Edicte entnommen, welchem auch einige andere die Cautio Jud. solvi des Beſitzers betreffende Stellen angehören [1]), während das 77ſte Buch von der Caution des Defenſor [2]), und das 79ſte die cautio rem pupilli salvam fore [3]), die cautio legatorum servandorum causa [4]), die bei Berechnung der Quarta Falcidia vorkommende Cautio („quod amplius legatorum nomine ceperis, quam e lege Falcidia capere licebit, restitui spondes“) [5]), ſowie die Cautio uſufructuaria [6]) behandelte. Dies vorausgeſetzt, iſt klar, daß Ulpian die Fortdauer der Haftung eines Beſitzers nach Untergang des eingeklagten Sclaven zuerſt allgemein an die Mora knüpft, dann aber dieſe genauer als den in wiſſentlichem Unrechte geſchehenen Beginn eines Proceſſes bezeichnet.

Gegen dieſes Reſultat erhebt ſich aber ſofort ein bedeutendes Bedenken. Wenn wir nämlich angenommen haben, der B. F. Poſſeſſor komme ſeines guten Glaubens wegen nicht in Verzug, damit ihm die Geltendmachung ſeines vermeintlichen Rechtes ungeſchmälert ſei, ſo hat doch dieſer Grund nur bis zu einem gewiſſen Zeitpuncte, bis zur Entſcheidung des Streites, Geltung. Hat der Richter einmal ausgeſprochen, daß das ſtreitige Recht dem Kläger zuſtehe, ſo kann ferner vom guten Glauben des Beſitzers nicht mehr die Rede ſein; die Bedingung, an welche ſeine Reſtitutionspflicht geknüpft war, iſt eingetreten, mithin an ſeinem Verzuge nicht zu zweifeln, ſobald die ihm zur Leiſtung ge-

---

[1]) L. 6. jud. solvi; l. 11. qui satisd. cogantur (lib. LXXVIII. nach Hal., während die Flor. lib. LXXV. lieſt); l. 69. de V. S. — Auch Paullus handelt in einem andern Buche von der Caution des Defenſor (lib. LXXI. wie l. 2. jud. solvi vergl. mit l. 58. de procur. et defens.), in einem andern von der des Beſitzers (lib. LXXIV. nach l. 8. und l. 11. jud. solvi).

[2]) L. 20. de acceptil.; l. 3. und l. 5. jud. solvi.

[3]) L. 2.; l. 4. rem pup. salvam fore.

[4]) L. 1.; l. 3.; l. 14. ut legat. seu fideic. serv.

[5]) L. 1.; l. 3. si cui plus, quam per leg. Falc.

[6]) L. 1.; l. 3.; l. 5.; l. 7. usufr. quemadm. cav.

gönnte Frist [1]) unbenutzt verstrichen ist. Sollte also auch ein darnach eingetretener Zufall die Erfüllung des Judicates unmöglich machen, der Condemnation kann der Verklagte nun nicht mehr entgehen. Diese innerlich gewiß gerechtfertigte Modification sind wir nun aber vollständig zu erweisen im Stande.

Ulpian. libro XVI. ad Ed. in l. 15. §. 3. de R. V.

Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.

Die Ausleger sind, um diese Stelle mit den übrigen Quellenzeugnissen in Einklang zu bringen, beinahe allgemein von der Voraussetzung ausgegangen, es handele sich hier allein vom M. F. Possessor, gleichsam als könne nur bei ihm von einer Mora die Rede sein [2]). Gewiß wäre nun aber der Ausdruck „moram passo" zur Bezeichnung des bösen Glaubens des Besitzers sehr ungeschickt; verständlicher hätte sich jedenfalls Ulpian ausgedrückt, wenn er statt einen manchem Mißverständnisse ausgesetzten allgemeinen Ausdruck zu gebrauchen, die concrete Anwendung davon gemacht hätte. Aber noch mehr. Schließt man an vorliegende Stelle, wie es sowohl die Inscriptionen als der innere Zusammenhang verlangen, die l. 17. §. 1. eod. an, so ergiebt sich, daß Ulpian vom M. F. Possessor überhaupt nicht handelt.

Ulpian. libro XVI. ad Ed. in l. 17. §. 1. eod.

Idem Julianus eodem libro scribit, si moram fecerit in ho-

[1]) L. 6. §. 2. de confessis.

[2]) Vergl. die Gl. ad h. l.; Cujac. ad h. l. tom. VII. p. 263.; Donell. in Comm. jur. civ. p. 1156. (verbis: „sin moram non fecit, possessor fatum non praestat, sed eo interitu liberatur. Quis autem possessor moram facit? Jam dixi m. f. possessorem. — — In eadem causa est b. f. possessor post litem contestatam, si non juste ad judicium provocavit: puta si evidentibus rebus convictus, rem ad petitorem pertinere, litigare maluit, quam rem restituere"); Voët in Comm. ad tit. de R. V. nro. 33.; Mabai: Die Lehre von der Mora S. 299.; Wolff: Zur Lehre von der Mora S. 398.

mine reddendo possessor et homo mortuus sit, et (Hal. etiam) fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse. — —

Offenbar ſetzt Ulpian die in der vorigen Stelle abgebrochene Unterſuchung über die Wirkung der Mora fort. Hatte er dieſe dort in Bezug auf den Untergang des Streitobjects betrachtet, ſo geht er nun, wie das „et“ beweiſt, auf die Frage über, in welchem Maaße die Früchte und ſonſtigen Acceſſionen zu präſtiren ſeien. Zu den Acceſſionen zählt er nun auch die Actio ex Lege Aquilia, welche der Beſitzer durch Verletzung eines ſtreitigen Sclaven nach vollendeter Uſucapion erworben hat. Uſucapiren kann aber der Beſitzer nur unter Vorausſetzung ſeines guten Glaubens, mithin nur der redliche Beſitzer Gegenſtand der Betrachtung ſein. Noch ließe ſich einwenden, der nachfolgende böſe Glaube unterbreche die Uſucapion nicht, mithin könne Ulpian an einen Fall gedacht haben, wo der Beſitzer trotz der nach dem Erwerbe des Beſitzes erlangten Ueberzeugung ſeines Unrechts während des Proceſſes die Uſucapion vollendet habe. Allein da der Tod des Sclaven nach Anerkennung des Eigenthums eingetreten ſein ſoll, ſo wird das „moram in reddendo facere“ einen conciſen Sinn nur dann erhalten, wenn man den Verzug in Beziehung zu dem zunächſt vorausgehenden Reſtitutionsgrunde bringt, und dieſes iſt das richterliche Arbitrium. Die Exiſtenz des Präjudicium aber beweiſt der Ausdruck „tempus rei judicatae;“ denn hätte Ulpian das Urtheil als etwas Zukünftiges gedacht, ſo würde, wie es öfter geſchieht, er von einem „tempus rei judicandae“ geredet haben [1]). Und ſomit iſt es außer Zweifel, daß jene Stellen von einer Mora des Beſitzers in gutem Glauben handeln, welche nach geſchehener Anerkennung des Eigenthums beginnt. Vielleicht iſt dieſes aber ſogar die naturgemäßere Art der Haftung. Denn wenn man bei dem unredlichen Beſitzer die Mora mit der L. C. begin-

[1]) L. 33. de R. V. („eousque fructuum rationem habendam, quousque habere-tur, si non perisset, id est, ad rei judicandae tempus“); l. 27. §. 4. eod.

nen läßt, also vor dem Zeitpuncte, in welchem seine Restitutionspflicht aus der Caution verfällt, so ist dies im Grunde doch nur aus der Clausula de Dolo zu erklären, insofern er dolose handelt, wenn er sich gegen besseres Wissen in einen Proceß einläßt.

Das Resultat ist also dieses. Für den zufälligen Untergang des Streitobjects haftet nach der L. C., wer ein Bewußtsein seines Unrechts hat, nicht aber der Besitzer in gutem Glauben; dieser tritt in gleiche Lage erst dann, wenn er die ihm zur Restitution gegebene Frist unbenutzt hat verstreichen lassen. Für beide Fälle aber tritt eine Beschränkung ein, welche bei allen auf Restitution gerichteten Klagen gilt. Würde mit dem Verzuge alle Gefahr auf den Besitzer übergehen, so könnte es kommen, daß der Untergang des Streitobjects dem Kläger sogar Vortheil brächte. Dies müßte eintreten, so oft derselbe von dem jeweiligen Verhältnisse des Besitzers zur Sache unabhängig wäre, mithin auch nach geschehener Restitution des zurückgehaltenen Objects erfolgt sein würde [1]). Unter solchen Umständen nahm man daher eine Befreiung des Verklagten an, so oft der Vindicant nicht zu beweisen im Stande war, daß er die zur rechten Zeit restituirte Sache bereits vor dem Untergange würde veräußert haben [2]). Die Regel lautet also nun so. Der zögernde Besitzer steht für den Untergang des Streitobjects immer dann ein, wenn dieser den Vindicanten ohne den Verzug nicht getroffen hätte.

Auf Früchte und Zinsen äußert die Mora keinen besonderen Einfluß. Daß der M. F. Possessor einer einzelnen Sache nach der L. C. diejenigen Früchte prästirt, welche der Kläger hätte ziehen können, wird sich aus der Clausula de Dolo ableiten lassen. Und wenn bei der H. P. von den Früchten vom Momente der Streiterklärung an Zinsen gezahlt werden sollen, so gilt dies von dem Besitzer in gutem Glauben ebensowohl, als von dem in bösem Glauben, nur mit dem Unterschiede, daß sich die Verpflichtung des erstern auf die Früchte, durch welche er berei-

[1]) Arg. l. 14. §. 1. depos.; l. 12. §. 4. ad exhib.

[2]) L. 10. pr. de H. P.; l. 15. §. 3. de R. V.; l. 46. §. 7. de leg. I. Vergl. auch l. 14. §. 11. quod met. causa.

chert iſt, beſchränkt [1]). Auch dieſe Erſcheinung wird, wie einige ähnliche, auf anderm Wege erklärt werden.

Von der Clauſula de Re defendenda.

§. 26.

Wir nahmen an, der eigentliche Gegenſtand der Cautio Judicatum ſolvi ſei das Intereſſe des Klägers, ausgedrückt durch „quanti ea res est.“ Dieſes wurde vom Beſitzer unter der Bedingung verſprochen, daß das Streitobject im Eigenthume des Klägers ſtehe, ſeine Reſtitution aber böslich verweigert werde. Mußte hiernach dem auf die Litis Aeſtimatio gerichteten Arbitrium eine Unterſuchung über des Klägers Recht vorausgehen, ſo war der Erfolg des Proceſſes vom Verklagten dadurch zu vereiteln, daß er durch mangelhafte Vertheidigung die Entſcheidung ſoweit hinauszog, daß der Ablauf der Proceßverjährung herbeikam. Um ſolchen Fruſtrationen zu begegnen, verlangte man vom Beſitzer das Verſprechen, daß er dem Kläger ſein Intereſſe auch dann leiſten werde, wenn er die Vertheidigung der Sache nicht gehörig führe („si res boni viri arbitratu non defendatur“). So iſt es zu verſtehen, wenn Marcellus in Beziehung auf die Clauſula Judicatum ſolvi als den Hauptbeſtandtheil der vom Verklagten geleiſteten Caution behauptet, durch die Acceptilation derſelben erlöſchen auch die übrigen Beſtandtheile, da dieſe nur beigefügt würden, „ut res judicari possit“ [2]). Sehr klar aber wird ſich das Bedürfniß dieſer neuen Clauſel durch eine Verweiſung auf das ältere Recht herausſtellen. In dem Verfahren per Sponſionem wurde zur Unterſuchung der einander widerſtreitenden Rechtsanſprüche der Parteien ein eignes Judicium gegeben, welches durch eine Sponſion eingeleitet wurde, und deshalb ſcheinbar

---

[1]) Ich verweiſe vorläufig auf Cujac. ad l. 18. de his quae ut indignis und ad l. 51. §. 1. de H. P. (in Opp. tom. IV. p. 1278. und p. 820.

[2]) L. 20. de acceptil. (Ulp.): „Si acceptio fuerit lata ob rem judicatam clausula, Marcellus ait, ceteras partes stipulationis evanuisse: propter hoc enim tantum interponuntur, ut res judicari possit.“

auf Geltendmachung einer Geldschuld gerichtet war. Hier nun verstand es sich nach den von jeher geltenden Grundsätzen von selbst, daß wenn der Verklagte contumax war, er in die Sponsionssumme verurtheilt, oder was eben soviel sagen wollte, des Klägers Eigenthum anerkannt wurde. Auf diese Sentenz gründete alsdann der Kläger seine Bitte um Verleihung des Arbitrium de Re restituenda. — Anders aber mußte sich die Sache in dem neuen Verfahren gestalten. In diesem war als Bedingung für den Verfall der Stipulation und die Verurtheilung in's Interesse ein dem Kläger günstiges Judicat über dessen Eigenthum oder Erbrecht gestellt. Nun ist ein Judicat im natürlichen Sinne ohne vorgängiges Gehör beider Parteien nicht möglich. Eine Entscheidung des Richters setzt Angriff und Vertheidigung voraus [1]). Und wenn man auch in einem auf gesetzlicher Anordnung beruhenden Processe ein einseitiges Verfahren gestattete, so wird doch zugegeben werden müssen, daß hier, wo die Existenz eines Judicates in eine Stipulation als Bedingung eingefügt wurde, nur an den natürlichen Begriff der richterlichen Entscheidung, an ein auf zweiseitige Verhandlung gefälltes Erkenntniß zu denken war. Daher verlangte die künstliche Begründung eines Judicium, welche man in dem neuen Verfahren versuchte, daß die gesetzlichen Nachtheile der Contumacia besonders in die Cautio Judicatum solvi aufgenommen wurden, damit der Richter die Wahl habe, entweder auf die Anerkennung des geltend gemachten Rechtes, oder auf den Mangel der Vertheidigung hin eine Verurtheilung des Verklagten auszusprechen.

Diese disjunctive Verbindung beider Clauseln (der Clausula Judicatum solvi und de Re defendenda) wird nun durch folgende Stellen bewiesen. Für die Caution des Nunciaten, welche sich von der des Besitzers

[1]) L. 17. §. 2. de inoff. test. (Paullus): „Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum praesentem judicatum sit: hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri: et ideo libertates competunt, et legata petuntur.“ — L. 55. de evict. (Ulp.): „Si ideo contra emtorem judicatum est, quod defuit: non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur, quam quod malam causam habuit.“

nur inſofern unterſcheidet, als ſie ſtatt auf Intereſſe zunächſt auf Reſtitution des neuen Opus gerichtet iſt, durch

Ulpian. libro LXXI. ad Ed. in l. 21. §. 4. de O. N. N.

Sive autem res judicetur, sive res non defendatur: stipulatio in id committitur, ut res boni viri arbitratu restituatur.

Für die Cautio Judicatum ſolvi, welche von Procuratoren und von Beſitzern geleiſtet wird, durch

Scaevola libro singulari Quaest. publice tractatarum, in l. 21. jud. solvi.

— — in unius ejusdemque persona non posse committi has duas clausulas creditur.

Ulpian. libro LXXVII. ad Ed. in l. 5. §. 2. eod.

In hac stipulatione, quia plures causae sunt una quantitate conclusae, si committeretur (Hal. et Rehd. committetur) statim ex una clausula, ex alia committi non potest.

Idem libro VII. Disp. in l. 13. pr. eod.

Cum quaerebatur, si interposita judicatum solvi stipulatione, cum quis rem non defenderet, postea ex eremodicio sententiam esset passus, an ob rem judicatam clausula committatur: dicebam unam clausulam in stipulatione judicatum solvi et ob rem non defensam et ob rem judicatam in se habere: cum igitur judicatum solvi stipulatio una claudatur clausula, sive res judicetur, sive non defendatur, merito quaeritur, si ex altera causa committatur, an ex altera rursus committi posse? Ecce enim, si quis stipuletur, si navis ex Asia venerit aut si Titius consul fuerit, constat, sive navis prior venerit, sive Titius consul ante factus sit, committi stipulationem: sed ubi commissa est ex priore causa, ex altera, licet existat condicio, amplius non committitur: altera causa enim, non utraque inhaeret (Hal. et Rehd. inerat) stipulationi.

Die letzte hier nur zum Theil abgedruckte Stelle bezieht ſich, wie ſich aus ihrem weitern Verlaufe ergibt, auf die im Falle einer proceſſua-

lischen Vertretung geleistete Cautio Judicatum solvi. Wollte nämlich Jemand einem Procurator seine Vertheidigung übertragen, so mußte entweder er selbst [1]) oder der Procurator wegen ordnungsmäßiger Vertheidigung und Zahlung des Judicates Bürgschaft leisten, damit wenn es letzterer in einer dieser Verpflichtungen fehlen lasse, dem Kläger ein sicherer Anspruch an die Bürgen eröffnet sei. Hier nun entstand die Frage, ob wenn der Procurator contumax sei, und demzufolge auf einseitige Verhandlung hin verurtheilt werde, die Bürgen beliebig aus der einen oder andern Clausel, oder aber nur aus der zuerst committirten zu belangen seien. Für die letztere Meinung entscheidet sich Ulpian, weil, wie er sagt, das Interesse nur einmal geschuldet werde (una claudatur clausula, d. i. durch die Clausel „quanti ea res est"), und darum, wenn es durch den Eintritt einer jener alternativen Bedingungen verfallen sei, nicht nochmals verfallen könne. Er nimmt also an, daß die Bürgen nur „ob rem non defensam" haften, auch wenn gegen den Procurator ein einseitiges Urtheil gegeben sei (altera causa enim, non utraque inhaeret stipulationi).

Welche Verpflichtungen entstehen nun aus der Clausula de Re defendenda?

Da die Leistung der Caution der Uebernahme des Judicium (L. C.) vorausgeht, indem zwischen beiden eine Frist und wahrscheinlich die herkömmliche Frist von 30 Tagen liegt, so ist aus dem Versprechen der Defension zunächst die Pflicht zur Uebernahme des Judicium abzuleiten. Die Clausula de Re defendenda ist also verfallen, sobald der Verklagte den Streit zu befestigen sich weigert, oder in dem anberaumten Termine nicht erscheint. Allein es kann hier unmöglich der Indefensus sofort zur Prästation des Interesse's verpflichtet sein. Denn zur Schä-

[1]) Hier wurde der Procurator in Gegenwart der andern Partei durch mündlich ausgesprochene förmliche Worte bestellt und hieß Cognitor. Gai. IV. 83. Vergl. Bethmann-Hollweg: Versuche S. 166. Ueber den im Texte hinsichtlich der Caution gemachten Unterschied siehe man Gai. IV. 101.; fr. Vat. §. 317.; l. 8. §. 3.; l. 15. pr. de procur.; l. 10. jud. solvi. In Justinian's Compilation ist der Name Cognitor verschwunden.

tzung des Intereſſe's würde immer noch ein Judicium erfordert, und dieſes wäre in der That das vom Beſitzer ſoeben verweigerte, nur mit dem Unterſchiede, daß nicht wie bei'm alten aus der Clauſula Judicatum ſolvi und de Re defendenda, ſondern allein aus der letztern geklagt werden würde. Man könnte einwenden, dieſer Nachtheil ſei dadurch aufgewogen, daß wenn das Judicium aus der Cautio Judicatum ſolvi gegeben werde, das Verfallen der Clauſeln noch zu erwarten ſtehe, während die Klage hier auf einer bereits committirten Clauſel beruhe. Aber auch damit iſt nichts gewonnen, da jene beiden Clauſeln ſich gegenſeitig ergänzen, und deshalb eine von ihnen verfallen muß. Daß das Judicat auch gegen den Kläger ausfallen kann, iſt zwar wahr, würde aber bei dem gegen den Indefenſus gegebenen Judicium nicht anders ſein, weil rechtliches Intereſſe nur dadurch einen beſtimmten Ausdruck erhält, daß es auf einen Rechtsgrund, d. i. hier auf Eigenthum oder Erbrecht zurückgeführt, und darnach in Geld angeſchlagen wird [1]). Es blieb mithin trotz jenes vermeintlichen Rechtsnachtheils Alles, wie es vor der Contumacia war [2]). Wirklich iſt nun auch die geſetzliche Folge der in Jure eingetretenen Contumacia keineswegs überall die, daß der Indefenſus dem Damnatus gleich ſteht; dies gilt vielmehr nur bei Klagen, die auf Geld gerichtet ſind, während für alle übrigen als Folge der Contumacia die Miſſio in Bona eintritt. In dieſer Weiſe unterſcheidet die Lex Rubria [3]), und auch aus Cicero's Rede für den Quinctius läßt ſich entnehmen, daß dieſem, ſeine Contumacia voraus-

[1]) Arg. l. 6. §. 4. und 5. de edendo; „Ex hoc Edicto in id, quod interfuit, actio competit. Unde apparet, ita demum tenere hoc Edictum, si ad eum pertineat (sc. ratio). L. 4. §. 5. de alienatione jud. mut. c. facta: „Haec actio in id, quod interest, competit: proinde si res non fuit petitoris, aut si is, qui alienatus est, sine culpa decessit, cessat judicium."

[2]) Im Falle des Nichterſcheinens an dem durch Cautio Judicio ſiſti beſtimmten Termine kann gegen den Verklagten zwar die „poena desertionis" eingeklagt werden (l. 5. §. 1. si quis cautionibus). Aber hierunter iſt ohne Zweifel eine beſtimmte Geldſumme zu verſtehen, welche das Intereſſe des Klägers vertritt. L. 4. de stip. praet.; l. 2. pr. si quis cautionibus.

[3]) Lex Rubr. c. 21. und 22.

gesetzt, das „judicium de re," wie Cicero es nennt [1]), ungeachtet der gegen ihn verhängten Missio frei bleiben sollte. Wollte man also nichts weiter, als die gesetzlichen Wirkungen der Contumacia auch auf dingliche Klagen anwenden, so mußte, damit dies möglich sei, das Verfallen der Clausula de Re defendenda für sich vollkommen ausreichen. Denn nunmehr bestand ja eine klagbare Verpflichtung des Verklagten zur Leistung des Interesse's, welches der Vindicant an der Uebernahme der Vertheidigung hatte, nunmehr konnte also auch der Prätor mit seiner Gewalt fördernd eingreifen. Er konnte den Kläger in die Güter des Verklagten immittiren mit dem Erfolge, daß dieser nach 30tägigem Besitze infam wurde [2]) und nach 60tägigem den Verkauf seiner Güter zu gewärtigen hatte [3]). Um so empfindlichen Nachtheilen auszuweichen, blieb ihm kein anderes Mittel, als nachträglich das zu leisten, was von ihm verlangt wurde, d. h. die Vertheidigung der Sache zu übernehmen. Für diese Anwendung der Missio in Bona auf die dinglichen Klagen sprechen nun aber noch folgende Analogien. Verspricht der geladene Schuldner, an einem bestimmten Tage vor dem Prätor zu erscheinen, und bleibt aus, so wird der Kläger in den Besitz seiner Güter gewiesen [4]). Diese Wirkung knüpft der Prätor an die Commission der Cautio Judicio sisti, einer Caution, deren Inhalt sich vollständig auch in der Clausula de Re defendenda findet. Besonders schlagend aber ist die Analogie der Defensoren. Auch der Defensor nämlich leistete bei Einleitung des Processes eine Cautio Judicatum solvi, und versprach durch dieselbe gehörige Vertheidigung der Sache. Von ihm nun wissen wir gewiß, daß er zur Uebernahme des Judicium gezwungen wurde; er

---

[1]) Cic. pro Quinctio c. 8.

[2]) Vergl. Keller: Semestria I. p. 106 sequ. Ueber andere Ansichten vergl. eund. p. 100 sequ.

[3]) Hiervon konnte sich der Verklagte bei persönlichen Klagen vorher immer wieder frei machen durch Leistung der Cautio Jud. solvi. Diese ist in unserm Falle bereits geleistet, und daher zur Uebernahme der Vertheidigung nicht erforderlich.

[4]) L. 2. pr. quibus ex causis in poss.: Praetor ait, In bona ejus, qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur, iri jubebo.

trat ganz an die Stelle des Dominus und wurde daher, wenn er die Defension verweigerte, des Besitzes seiner Güter entsetzt [1]). Da nun die Leistung der Cautio Judicatum solvi den Besitzer in keine andere Lage bringen kann, so müssen offenbar dieselben Grundsätze auch auf ihn Anwendung finden [2]).

Diese Analogie gibt uns aber zugleich über den Einfluß Aufklärung, welchen der Mangel der Vertheidigung auf die Haftung der Bürgen hat. Die Bürgen können schon jetzt, ehe es noch zur L. C. gekommen ist, „ob rem non defensam" aus der Caution belangt werden. Für die des Defensor nämlich lehrt dies Julian in folgender Entscheidung:

Julianus libro V. ad Minicium in l. 76. de procurat.

Titius cum absentem defenderet, satisdedit, et prius quam judicium acciperet, desiit reus solvendo esse: quam ob causam defensor recusabat, judicium in se reddi oportere. Quaero, an id ei concedi oporteat? Julianus respondit: Defensor, cum satisdedit, domini loco habendus est: nec multum ei praesiturus est Praetor, si eum non coëgerit judicium accipere: cum ad fidejussores ejus iri (Hal. actor ire) possit: et hi quidquid praestiterint, a defensore consecuturi sint.

Es fehlt aber auch nicht an Stellen, welche sich eben so befriedigend durch die Beziehung auf dingliche Klagen als auf den Defensor erklären. In diesen ist davon die Rede, daß nach Leistung der Caution die Haftung der Bürgen aus der Clausula de Re defendenda auch dann verfalle, wenn der „reus" zur Vertheidigung unfähig geworden, weil er in Wahnsinn verfallen oder zu einer Magistratur gelangt sei, welche

---

[1]) L. 76. de procur. Selbst der Cognitor, mit dessen Einwilligung vom Dominus Cautio Jud. solvi geleistet ist, wird zur Annahme des Judicium gezwungen („judicium accipere cogam"). Und hiervon wird am häufigsten in dem Titel „de procuratoribus" gehandelt. Das Zwangsmittel wird freilich nicht angegeben, aber es leidet keinen Zweifel, daß es das allgemeine der Missio in Bona ist.

[2]) Auch auf die Lex Rubria c. 22. könnte man sich berufen, wenn die dinglichen Klagen, von welchen sie handelt, durch die Formula petitoria eingeleitet worden wären. Allein wahrscheinlich legt sie das Sponsionsverfahren zu Grunde.

ihm freiſtelle, vor Gericht zu erſcheinen oder nicht[1]). Freilich haben die Ausleger hierbei wohl an den Fall gedacht, wo der Schuldner bei Beſtellung eines Cognitor ſelbſt Caution geleiſtet hat[2]). Da aber der Cognitor es iſt, welcher die L. C. vornimmt, und hierzu verpflichtet iſt, ſobald mit ſeiner Einwilligung der Dominus Caution geleiſtet hat[3]), ſo würde nicht einzuſehen ſein, wie überhaupt eine Verhinderung des Dominus, der ja gar nicht zu handeln braucht, die Commiſſion der Clauſel herbeiführen könne. Iſt dagegen unter dem „reus“ der Procurator (nach Leiſtung der Caution) zu verſtehen, oder denken wir an dingliche Klagen, ſo hat er allerdings die Pflicht der Vertheidigung, und im Falle ſeiner Verhinderung konnte daher die Frage, ob die Stipulation verfallen, aufgeworfen werden. Sie würde verneint worden ſein, wenn die Bedingung auf eine Schuld des Verklagten geſtellt wäre; da man ſie aber in den Mangel der Vertheidigung überhaupt geſetzt hatte (si res non defendatur), ſo mußte die Frage bejaht werden.

Uebrigens tritt auf dieſer Stufe des Proceſſes noch eine eigenthümliche Befreiung des Beſitzers und der Bürgen ein. Da nämlich, wenn im Augenblicke der L. C. der Verklagte nicht beſitzt, abgeſehen von den Fällen der ficta Poſſeſſio, die Eigenthums- und Erbſchaftsklage ihrer nothwendigen factiſchen Vorausſetzungen entbehren, ſo muß der vor der L. C. eingetretene Verluſt des Beſitzes wie den Verklagten, ſo die Bürgen befreien[4]).

---

[1]) L. 3. §. 8. jud. solvi: „Si reus, postquam judicatum solvi promisit, demens factus sit, an stipulatio committatur ob rem non defensam, quaeritur? magisque est, ut committatur.“ L. 12. eod.: „Si reus post judicatum solvi ab eo datum in magistratu sit, nec invitus in jus vocari possit: tamen nisi res boni viri arbitratu defendantur, fidejussores tenentur.“

[2]) Z. B. Donellus: Comm. jur. civ. p. 1057.

[3]) L. 8. §. 3.; l. 15. pr. de procur. Bethmann-Hollweg: Verſuche S. 169.

[4]) L. 11. jud. solvi: „Si servus, qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit, deinde possessor litem deseruerit, quidam fidejussores ejus pro lito datos non teneri putant. — — — Quod falsum est.“ Für die Zeit vor der L. C. war alſo kein Streit unter den Juriſten.

Iſt die L. C. erfolgt, ſo ſoll nun der Verklagte vor dem zur Unterſuchung beſtellten Privatrichter die Vertheidigung ſo führen, daß wenigſtens in der geſetzlichen Friſt der Proceß zu Ende komme. Die Contumacia läßt ſich hier in verſchiedenen Formen denken. Die gewöhnlichſte und offenbarſte von allen iſt grundloſes Nichterſcheinen in dem anberaumten Termine, oder grundloſes Verlaſſen der Gerichtsſitzung [1]). Daß der Verklagte die Gründe ſeiner Abweſenheit mittheilen müſſe, habe ich oben wahrſcheinlich zu machen geſucht; nur verſteht es ſich von ſelbſt, daß wenn die Entſchuldigung ſelbſt verhindert iſt, eine „restauratio eremodicii“ vom Prätor gegeben, d. h. dem Judex von Neuem die Unterſuchung der Sache anbefohlen wird [2]). Verhüllter tritt die Contumacia auf, wenn der Verklagte zwar den Schein zu wahren ſucht, als laſſe er es an Nichts fehlen, dabei aber unter allerlei Vorwänden Aufſchub auf Aufſchub zu erlangen ſucht, um den Ablauf der Proceßverjährung zu bewirken.

Africanus, libro VI. Quaest. in l. 78. pr. de procuratoribus.

Et ideo non potest videri, viri boni arbitratu litem defendere is, qui actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur.

Dies geſchieht durch häufiges Bitten um Friſterſtreckung, durch wiederholtes Vorſchlagen neuer Zeugen, durch chicanöſes Nachholen von Vertheidigungsgründen und ſonſtige auf Verzögerung berechnete Handlungen. Endlich kann es aber auch geſchehen, daß der Proceß ohne beſondere Schuld des Verklagten in's Stocken geräth, ſei es, daß der anberaumte Termin circumducirt wird, oder daß eine Partei aus entſchuldbaren Gründen am Erſcheinen verhindert iſt. Hier hat zunächſt der Kläger ein Intereſſe, die Sache wieder in Gang zu bringen. Wie dies geſchehen, wird uns nirgends ausdrücklich berichtet. Wahrſcheinlich ver-

[1]) L. 31. §. 2. de neg. gestis; l. 60. de re jud.

[2]) L. 7. §. ult. de minoribus: „Item et in eremodiciis ei (minori) subveniatur. Constat autem omnis aetatis hominibus restaurationem eremodicii praestari, si se doceant ex justa causa afuisse.“

hielt ſich aber die Sache ſo. Der Kläger verabredete mit dem Juder einen neuen Termin, und forderte alsdann den Verklagten auf, an dieſem zu erſcheinen. Für des Klägers Bequemlichkeit war dabei hinlänglich geſorgt. Nachtheile für den Verklagten aber wurden nur dadurch vermieden, daß man hier weniger ſtreng war, als bei Verſäumung eines vertragenen Tages. Erſt wenn die dritte Ladung ohne Erfolg geblieben, konnte ohne Gefahr der Nichtigkeit in Contumaciam verfahren werden [1]). Suchte der Verklagte durch böswilliges Verbergen auszuweichen, ſo bedurfte es weiterer Ladungen zur Feſtſtellung der Contumacia nicht. Ich ſchließe dies aus den Anfangsworten einer Stelle des Paullus.

Reo latitante post litem contestatam, ita demum fidejussores eum defendere videbuntur, etc.

Die Ladungen ſcheinen jedoch erſt dann zuläſſig geweſen zu ſein, wenn durch den bevorſtehenden Ablauf der Proceßverjährung dem Kläger ein wirklicher Nachtheil drohte. Hierauf deutet die Beſtimmung, daß die Stipulation „ob rem non defensam“ ſo lange nicht committirt werde, als noch Jemand die Vertheidigung des Verklagten übernehmen könne.

Ob rem non defensam non committitur stipulatio, quamdiu potest existere, qui defendat [2]).

Man rechnete alſo vorläufig auf eine gütliche Vereinigung der Parteien. — Die Anhaltspuncte für die Annahme eines ſolchen Verfahrens nun finden ſich in einigen Stellen, welche theils ſchlechthin, theils im Gegenſatze zu den vom Prätor ausgehenden „litterae“ und

[1]) L. 47. pr. de re jud.; l. 7. C. quomodo et quando. Vergl. l. 1. §. 3. quae sent. sine appell. L. 42. §. 7. de proc. Vergl. auch l. 21. eod., wo dem Dominus geſtattet wird, nach der L. C. das Judicium für den Procurator zu übernehmen, „si latitet, vel inimicus postea fiat.“

[2]) L. 3. §. 9. jud. solvi. Bekanntlich enthält das Recht Juſtinian's eine ähnliche Beſtimmung. Iſt der Ablauf des Triennium zu befürchten, welches die ſpätere Verjährungsfriſt iſt, ſo wird auf Antrag des Klägers der Verklagte drei Mal in Zwiſchenräumen von 10 Tagen geladen, und wenn er auch dann nicht erſcheint, die Unterſuchung einſeitig geführt. Vergl. Bethmann-Hollweg: Handb. S. 293.

„edicta“ von „tres denunciationes“ sprechen [1]). Daß diese vom Richter ausgingen, wird ausdrücklich bemerkt, daß sie aber durch Vermittelung des Klägers geschahen, schließe ich aus der allgemein privaten Natur der Denunciationen bis auf Constantin, welche die Annahme einer unmittelbaren Thätigkeit des Richters ausschließt [2]). Somit würden also die wiederholten einseitigen Ladungen der einen gegenseitigen entsprechen, durch welche sich die Parteien nach der L. C. aufforderten, am dritten Tage vor dem Juder zu erscheinen [3]).

Ist nun einer dieser drei Fälle der Contumacia eingetreten und nachgewiesen, so kann der Kläger einseitig sein Recht und die Größe seines Interesse's feststellen, und den Contumax in dasselbe verurtheilen lassen. Jedoch ist dem Verklagten gestattet, vor der Verurtheilung in jedem Augenblicke die Vertheidigung wieder zu übernehmen, wie aus einer Stelle Scävola's hervorgeht:

Si unus ex fidejussoribus ob rem non defensam conventus sit deinde postea res defendatur, alter fidejussorum ob rem

---

[1]) L. 7. C. quomodo et quando (Diocl. et Maxim.): „Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denunciationibus nequaquam ex more conventos, rei judicatae firmitatem non obtinere, certum est.“ — L. 9. C. eod.: „Tres denunciationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere, salubriter statutum est.“ Auch die „admonitio“ der l. 2. C. eod. ist wohl von den Denunciationen zu verstehen. Besonders wichtig ist aber Paullus: R. S. V. 5. a. 7.: „Trinis litteris vel edictis, aut uno pro omnibus dato, aut trina denunciatione conventus, nisi ad judicem, a quo sibi denunciatum est, aut cujus litteris vel edictis conventus est, venerit quasi in contumacem dicta sententia auctoritatem rerum judicatarum obtinet.“ In der Beziehung der Denunciationen auf das Judicium bin ich Bethmann-Hollweg a. a. O. gefolgt. Der Grund für diese Beziehung, den Asverus: die Denunciation der Römer S. 140. Nro. 36. vermißt, liegt im Gegensatze zu den Edicten, welche vom Magistrate ausgehen, und nur im Verfahren extra Ordinem vorkommen. L. 68—73.; l. 75. de judicis; l. 55. eod.; l. 53.; l. 54.; l. 59. §. 3. de re judic.

[2]) L. 2. C. Th. de denunciationibus (2. 4.), und dazu Asverus a. a. O. S. 141. Nro. 40. Von dem Kläger und nicht vom Juder lassen die Denunciation auch ausgehen Heffter: Inst. des C. Pr. S. 306. und Puchta: Inst. S. 185.

[3]) Asconius ad Cic. in Verr. II. 1. 9.: „Litigantes acceptо judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denunciatione tantum reciproca sese invicem monuisse, ut adessent apud judicem.“

judicatam conveniri potest. — — Et nos dicimus semper praevalere rei judicatae clausulam, eamque solam committi.[1])

Statt seiner können aber auch die Bürgen belangt werden; jedoch begegnen wir hier der höchst sonderbaren Erscheinung, daß trotz des Correalverhältnisses, welches die Fidejussio begründet, durch die mit einem der Bürgen vorgenommene L. C. keineswegs die Verbindlichkeit des Besitzers vernichtet wird, sondern erst durch die Verurtheilung des Bürgen, weshalb bis zu diesem Zeitpuncte der Besitzer in dem gegen ihn anhängigen Processe die Vertheidigung immer wieder aufnehmen darf.

Ulpian. libro LXXVII. ad Ed. in l. 3. §. ult. jud. solvi.

Si plures fuerint fidejussores, posteaquam cum uno lis contestata est ex clausula ob rem non defensam, ipse reus potest suscipere defensionem.

Julian. libro LV. Dig. in l. 4. eod.

Is autem, cum quo actum fuit, absolvi debet.

Ulpian. eod. in l. 5. pr. eod.

Jam tamen fidejussore, qui judicium acceperat, damnato, frustra defensionem reus suscipit: ceterum etsi solutum fuerit, posteaquam judicatum est, repetitionem constituerimus ejus, quod solutum est[2]).

Julian. libro LV. Dig. in l. 16. §. 1. eod.

Quotiens ex stipulatione judicatum solvi ob rem non defensam agitur cum fidejussoribus, non est iniquum caveri, dominum priore judicio absolvi: quia omissa cautione fidejussores mandati judicio non consequentur, aut certe cogantur dominum priore judicio defendere.

Ich erkläre mir dies so. Die Hauptverbindlichkeit (d. i. die des Besitzers oder des Procurators) ist von der Art, daß die ihr beigefügten Bedingungen erst während des Processes existent werden können.

[1]) L. ult. jud. solvi.

[2]) Vergl. l. 35. de cond. indeb.

Die L. C. ſelbſt aber gehört nicht zu den Thatſachen, welche die Commiſſion des Intereſſe's bewirken; denn das Verfallen der Clauſula de Re defendenda wird durch ſie vielmehr verhindert, und zu dem der Clauſula Judicatum ſolvi iſt ſie nur ein erſter Schritt. Eben darum kann aber die L. C. die aus der Stipulation noch entſtehende Obligation nicht tilgen, es iſt dies der Condemnation vorbehalten. Wegen der Einheit der Obligation muß aber daſſelbe von der Haftung der Bürgen gelten, und wenn daher mit einem derſelben der Streit befeſtigt iſt, ſo wird dadurch der Beſitzer nicht befreit; ja der belangte Bürge muß ſeines Regreſſes wegen durch eine Caution die Abſolution deſſelben in dem erſten Proceſſe ſichern, weil hier gegen den Abweſenden leicht nochmals eine Verurtheilung zu bewirken wäre [1]). Umgekehrt befreit der Beſitzer die Bürgen, wenn er, ehe es zu einer Verurtheilung gekommen iſt, die Vertheidigung wieder übernimmt, und dadurch die Deficienz der Bedingung herbeiführt. In der That zeichnet ſich alſo das hier betrachtete Obligationsverhältniß nicht bloß vor andern Correalobligationen, ſondern auch vor denjenigen Stipulationen aus, durch welche unter der Bedingung eines Nichthandelns eine Strafe verſprochen iſt. Denn wenn dieſen eine Friſt für die Vornahme der fraglichen Handlung nicht beigefügt iſt, ſo kann um die Strafe abzuwenden nur bis zur L. C. gehandelt werden [2]).

Im Widerſpruche mit dieſer Darſtellung ſcheint nun aber eine zum Theil ſchon oben benutzte Stelle Ulpian's (l. 13. pr. jud. solvi) zu ſtehen, von der die Gloſſe behauptet, ſie ſei ſo ſchön und ſchwierig, daß ſie eines Tages Arbeit wohl verdiene.

Proinde videndum, stipulatio ob rem non defensam, utrum commissa est, re non defensa, an non prius creditur commissa, nisi ex stipulatione lis fuerit contestata? quod magis est: et ideo nec fidejussoribus videtur statim dies cedere, ubi res coeperat non defendi: proinde (Hal. et Rhed. praefigunt „et“) si

[1]) L. 14. §. 1. jud. solvi. [2]) L. 84. de V. O.

forte lis finita fuerit, ad quam defensio erat necessaria, vel solutione, vel transactione, vel acceptilatione, vel quo alio modo: consequenter placuit evanescere ob rem non defensam clausulam.

Nachdem Ulpian in dem vorausgegangenen Theile der Stelle die Frage verneinend entschieden hat, ob die Clausula Judicatum solvi und de Re defendenda zugleich committirt werden könne, wendet er sich hier zur Bestimmung des Zeitpunctes, in welchem die letzte jener Clauseln verfalle. Sie verfalle erst, sagt er, wenn aus der Stipulation Lis contestirt sei (nisi ex stipulatione lis fuerit contestata), nicht schon, wenn die Contumacia begonnen habe. Dies gehe auf's Klarste daraus hervor, daß die Clausula de Re defendenda erlösche, wenn der Proceß, zu welchem die Vertheidigung erfordert werde, auf irgend eine Weise zu Ende gehe, etwa durch Zahlung, oder Vergleich, oder Acceptilation. Ulpian spricht also aus, die Clausula de Re defendenda verfalle definitiv mit dem Momente der L. C.; daher könne durch die nachher übernommene Vertheidigung die einmal verfallene Verpflichtung nicht wieder aufgehoben werden. Dies aber gerade ist es, was mit den oben mitgetheilten, zum Theil von Ulpian selbst herrührenden Stellen in Einklang gebracht werden muß. Wir fragen also, aus welcher Stipulation, und mit wem ist Lis contestirt worden? Nun beweisen sofort die am Schlusse angeführten Mittel, den Streit zu tilgen (Vergleich, Acceptilation), daß wir es mit einer dinglichen Klage nicht zu thun haben, daß mithin die Caution zum Zwecke der processualischen Vertretung vom Defensor, oder von dem Schuldner selbst für einen Cognitor geleistet worden ist. An einen Defensor aber kann Ulpian nicht gedacht haben, weil die Caution, welche dieser leistet, dem von ihm übernommenen Processe zur Grundlage dient, und daher nicht, wie hier vorausgesetzt ist, durch eine besondere Klage geltend gemacht wird. Es bleibt also nichts übrig, als die Stelle auf einen Cognitor zu beziehen, und die L. C. als zwischen dem Kläger und dem Schuldner zu Stande gekommen zu betrachten. Hiernach stellt sich nun die Entscheidung Ulpian's so. Hat

der Cognitor die Vertheidigung ungehörig geführt, so ist die Clausula de Re defendenda nicht sofort verfallen, sondern erst dann kann die Vertheidigung nicht wieder übernommen werden, wenn der Kläger mit dem Schuldner oder einem der Bürgen aus der Cautio Judicatum solvi „ob rem non defensam“ den Streit befestigt hat. Und somit ist zunächst der Widerspruch beseitigt, der zwischen dieser und andern Stellen zu bestehen schien; es hat sich gefunden, daß dieselben in der That ganz verschiedene Rechtsverhältnisse behandeln. Auf eine weitere Ausführung der Gründe aber, welche zu einer verschiedenen Beurtheilung dieser Verhältnisse geführt haben, wird man verzichten, wenn man bedenkt, daß die von dem Dominus und den Bürgen bei Bestellung eines Cognitor geleistete Caution eine wahre Correalobligation begründet, welche verfällt, wenn bis zur L. C. die auf den Cognitor feierlich übertragenen processualischen Pflichten nicht erfüllt worden sind. Wie es dem höhern Alter dieser Form der processualischen Vertretung ganz angemessen ist, folgt dieselbe überall der Regel, während der Eintritt des Defensor in den Proceß gerade dadurch eine künstlichere Gestalt annimmt, daß er (wenigstens formell) nicht im Auftrage des Schuldners [1]), sondern zufolge der von ihm geleisteten Cautio Judicatum solvi die processualischen Handlungen vornimmt.

Ueberall da nun, wo der Besitzer zur Uebernahme der Vertheidigung verpflichtet ist, sowohl vor wie nach der L. C., kann das Verfallen der Clausula de Re defendenda dadurch abgewandt werden, daß Andere die Vertheidigung übernehmen. Diese Vertheidigung kommt zunächst dem Besitzer zu Gute, dessen Einreden und Beweismittel nun nicht unbenutzt verloren gehen, dann aber auch den Bürgen, insofern diese, wenn sie wegen mangelnder Defension belangt werden, unbedingt die Litis Aestimation zahlen müssen, ohne sich durch die Restitution des Streitobjects frei machen zu können. Deshalb aber haben gerade sie ein

[1]) Der Procurator Absentis steht überall dem Negotiorum Gestor gleich; der Procurator Präsentis ist späterhin dem Cognitor gleich behandelt.

Intereſſe, die Vertheidigung des Verklagten zu übernehmen. Man könnte glauben, auch die Einreden des Verklagten machten ſie allein auf dieſem Wege zu eigenem Vortheile geltend. Wenn aber Venulejus ſagt, diejenige Sache ſei nicht unvertheidigt, über welche ein Judicium zu übernehmen der Prätor nicht zwinge [1]), ſo gibt er offenbar zu verſtehen, daß es den Bürgen der Klage aus der Stipulation gegenüber unbenommen ſei, die Einreden des Beſitzers, einerlei wann ſie entſtanden, zu dem Beweiſe zu benutzen, daß dem Kläger ein Intereſſe an der Vertheidigung mangele. Verpflichtet ſind jedoch die Bürgen zur Vertheidigung nicht. Denn obſchon ſie im Auftrage des Beſitzers die Cautio Judicatum ſolvi geleiſtet, alſo auch wegen der Vertheidigung gutgeſagt haben, ſo geht doch der ihnen ertheilte Auftrag nicht darauf, die Vertheidigung zu führen, ſondern auf Leiſtung des Intereſſe's wegen mangelnder Vertheidigung.

Ulpian. libro LXXVII. ad Ed. in l. 5. §. 5. jud. solvi.

In hac stipulatione hoc tractatur, an hi qui fidejusserint, si defensionem omiserint, mandati judicio teneantur? Et est verius, non teneri: hi enim in quantitatem intervenerunt: et hoc illis fuit mandatum, non in defensione (Hal. et Vulg. in defensionem).

Uebernehmen ſie aber die Vertheidigung, ſo ſind ſie von Leiſtung weiterer Bürgſchaft frei, weil ſie gewiſſermaßen in eine eigne Verpflichtung eintreten, während der Extraneus nach allgemeiner Regel Satisdation zu leiſten hat. Dennoch geht auf beide der Proceß und eben damit die Verurtheilung über, weshalb weder dem Beſitzer noch den Bürgen gegenüber die Clauſula Judicatum ſolvi noch committirt werden kann.

Si ex fidejussoribus, qui judicatum solvi caverant, existat defensor: placuit ob rem judicatam stipulationem non com-

[1]) L. 18. jud. solvi: „Vir bonus non arbitratur, indefensam esse rem, de qua Praetor judicium accipere non cogat. Vergl. Donellus: Comm. jur. civ. p. 1057.

mitti: ceteraque eodem esse, atque si extraneus defensor existat [1]).

Hat der Defensor Zahlung leisten müssen, so wird ihm gegen den Besitzer eine Regreßklage gegeben, fofern er sich keine Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen.

Papinian. libro II. Respons. in l. 31. §. 2. neg. gest.

Litem in judicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae ejus allegans judici: culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta ipse non provocavit. Ulpianus notat: Hoc verum est, quia frustrator condemnatus est: ceterum si amicus, cum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum agit: poterit ei imputari, si cum posset, non appellasset

Hier sind zwei Fälle unterschieden. Hat der Freund nur Entschuldigungen für den Abwesenden vorgebracht, so wird die Verurtheilung auf diesen, den eigentlich Verklagten gestellt; hat er dagegen die Vertheidigung desselben ganz übernommen, so ist er selbst der Verurtheilte, und ihm eine Klage zur Wiedergewinnung der Judicatssumme nothwendig. Diese Klage aber ist die Actio Negotiorum gestorum, welche voraussetzt, daß der Gestor seinerseits Nichts unterlassen hat, ein günstiges Urtheil zu gewinnen.

Schließlich ist noch die Frage aufzuwerfen, welchen Einfluß die Contumacia des Klägers habe äußern müssen. Da ist nun gewiß vor der L. C., wenn er an dem dazu bestimmten Termine nicht erscheint, anzunehmen, daß er ganz so angesehen werde, als ob ihm Cautio Judicio sisti geleistet worden sei, d. i. daß er die Vortheile dieses Verfahrens verliere. Was aber nach angeordnetem Judicium im Falle seiner Contumacia eingetreten sei, dafür findet sich nirgends ein bestimmter Anhaltspunct. An die Klagformel, in welcher die Verpflichtung des

[1]) L. 5. §. 4. jud. solvi. In dieser Stelle soll ein Unterschied zwischen Bürgen und Extraneus nicht aufgestellt werden. Das „ceteraque" ist soviel, als „et cetera quoque."

Klägers zu gehöriger Proceßführung nur insoweit ausgedrückt ist, als dadurch die Durchsetzung seines Anspruchs bedingt wird (si paret, condemna; s. u. p. a.), kann man nicht anknüpfen. Aus der Caution aber ergeben sich nur Verpflichtungen des Verklagten, nicht auch des Klägers; das allein läßt sich sagen, daß, so lange dieser säumig war, von einem Verfallen der Clausula de Re defendenda nicht die Rede sein konnte. In der That bedurfte es aber auch eines Eremodicium für den Verklagten nicht, da der Kläger, wenn er überhaupt gesonnen war, sein Recht zu verfolgen, in dem Ablaufe der Proceßverjährungsfrist Antrieb genug fand, die festgesetzten Termine genau einzuhalten.

Von der Clausula de Dolo.

§. 27.

Nachdem man angefangen, die Vindication mit der Cautio Judicatum solvi einzuleiten, mußte man bald finden, daß der Kläger auch nach Aufnahme der Clausula de Re defendenda doch in einem Puncte noch keineswegs so sicher gestellt war, als durch die ältern Proceßformen. Denn er war hülflos gegen den Dolus des Besitzers, während ihm früherhin gegen denselben besondere Judicia zu Gebote standen, die auf gesetzlicher Anordnung im Verfahren per Legis Actiones, und im Sponsionsproceße auf künstlicher Nachbildung mittelst einer Stipulatio pro Præde Litis Vindiciarum beruhten. In manchen Fällen war freilich die Actio de Dolo oder eine andere Delictsklage Aushülfe zu gewähren im Stande, wie gegen denjenigen, welcher den Vindicanten, ihn für den wahren Besitzer zu halten, durch Täuschungen verleitet, oder den Streitgegenstand verletzt oder vernichtet hatte [1]). Aber theils war dies nicht ausreichend, wie bei allen böswilligen Unterlassungen, theils stand es dem im neuen Verfahren sich allgemein geltendmachenden Streben entgegen, alle Verpflichtungen des Besitzers wo möglich in einem Judicium zur Entscheidung zu bringen.

In der That brauchte man, um diesem Mangel abzuhelfen, nur

[1]) L. 39. de dolo malo; l. 17. ad exhib.; l. 13. de R. V.; l. 27 §. 2. eod.

jene Stipulatio pro Prâde Litis Vindiciarum nachzuahmen, und ein Absagen aller Argliſt in Form einer beſondern Clauſel in die Cautio Judicatum ſolvi aufzunehmen. Handelte nun der Verklagte während des Proceſſes zu irgend einer Zeit dawider, ſo hatte der Kläger das Recht, bei dem Richter um Schätzung des Dolus zu bitten. So ward zuletzt [1]) die Clauſula de Dolo jenen andern Beſtandtheilen der Caution beigeſellt.

Nun gibt dem Verklagten beſondere Veranlaſſung zu doloſen Handlungen der Beſitz des Streitobjects, welcher im neuen Verfahren zwar nicht mehr verliehen, aber doch bei ihm vorausgeſetzt wird. Da dieſer die Bedingung und zugleich der Gegenſtand der Verurtheilung iſt, ſo würden ohne beſondere Vorſorge die Rechte des Klägers nicht bloß beeinträchtigt, ſondern völlig vereitelt werden können. Beeinträchtigt, weil ſich aus der Clauſula Jud. ſolvi nur die Pflicht ergibt, das Streitobject, wie es im Augenblicke des Judicates iſt, mit den vorhandenen Acceſſionen und Früchten zu reſtituiren. Daß bloß die percipirten, nicht auch die vernachläſſigten Früchte Gegenſtand der Reſtitutionspflicht ſind, iſt oben bereits bewieſen worden; daß aber auch das Streitobject deteriorirt und ſeiner Acceſſionen beraubt reſtituiren, doch noch reſtituiren heißt, geht aus folgender Stelle Ulpian's hervor.

Ulpian. libro IX. de omnibus tribunalibus in l. 17. ad exhib. Si quis hominem debilitatum exhibeat vel eluscatum, ad exhibendum (Hal. et Vulg. inserunt „actione") quidem absolvi debet: exhibuit enim et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: poterit tamen agere actor ex lege Aquilia de hoc damno.

Vereitelt würde das gute Recht des Klägers werden, wenn der

---

[1]) L. 19. jud. solvi: **Novissima clausula judicatum solvi stipulationis dolum malum abesse, abfuturumque esse, et in futurum tempus permanens tempus demonstrat.** Das „novissima" kann nicht, wie **Donellus** in Comm. jur. civ. p. 1058. will, auf den Ort bezogen werden, den ſie in der Caution inne hatte.

Verklagte vor Anerkennung des Eigenthums den Streitgegenstand vernichtete oder sonst zu besitzen aufhörte. Denn da der Besitz die Voraussetzung der Verurtheilung ist, so mußte in einem solchen Falle an sich der Verklagte ohne Zweifel freigesprochen werden. Ebenso, wenn er sich den Schein gab, als besitze er, um dem wahren Besitzer während des Processes Gelegenheit zur Usucapion der vindicirten Sache zu geben. Gegen alle diese Unbilden wurde der Kläger gesichert durch die Clausula de Dolo, welche einen jeden Moment des Processes, das Verhalten des Verklagten von Anfang bis zu Ende umfaßte [1]).

Um aber den Zweck dieser Clausula vollständig zu erreichen, legte man dem Ausdrucke „Dolus" die weitere Bedeutung unter, wornach er auch die Culpa, und nicht bloß die Culpa lata in sich schloß. Dies beweisen am besten solche Stellen, nach welchen der Besitzer freigesprochen werden soll, so oft er ohne Dolus (sine dolo) zu besitzen aufgehört hat, im Vergleiche mit andern, aus denen wir wissen, daß nur der reine Zufall eine Absolution bewirke. So sagt

Gaius libro XXX. ad Ed. prov. in l. 17. de exc. rei jud.

Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris, sine dolo malo te desiisse possidere: — —

und

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 27. §. 1. de R. V.

Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res judicatur, sine dolo amisit possessionem, absolvendus est possessor [2]).

Unter dieser Voraussetzung nun kann es nicht zweifelhaft sein, in welchem Sinne in den folgenden Stellen der Ausdruck Culpa verstan-

---

[1]) L. 19. pr. i. f. jud. solvi: „verbum enim afuturumque esse, plenissimum est, et ad omne tempus refertur, ut si aliquo tempore non afuerit dolus, quoniam verum sit, non afuisse, committatur haec clausula." Vergl. auch §. 1. h. l.

[2]) Auch l. 41. pr. i. f. de H. P. gehört hierher: „Ex diverso quoque, si pauciores postea possidebat, quam initio possidebat, si modo id sine dolo ejus acciderit, absolvi debet quod ad eas res, quas desiit possidere."

den werden müſſe; wir haben, wie es zudem die beigefügten Beiſpiele auf's Beſtimmteſte ausweiſen, an levis, nicht bloß an lata Culpa zu denken.

Pomponius libro XVI. ad Sabinum in l. 51. de R. V.

Si in rem actum sit, et in heredem possessoris judicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc judicium venit.

Gaius libro VII. ad Ed. prov. in l. 36. §. 1. eod.

Qui in rem convenitur, etiam culpae nomine condemnatur. Culpae autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit [1]): et qui servum a se petitum in harena (Hal. arena) esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit: et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio peremta est [2]).

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 16. §. 1. eod.

Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore (Hal. inserit congruo) navigationis trans mare misit, licet ea perierit, nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.

Andere Stellen werden im weitern Verlaufe dieſes Abſchnittes vorkommen; nur eine Stelle des Paullus mag hier noch Platz finden, weil ſie beſonders merkwürdig dadurch iſt, daß ſie die Haftung des Be-

[1]) Nicht im Widerſpruche ſteht hiermit, daß derjenige, bei welchem ein Sclav in die Lehre gegeben iſt, wenn er denſelben auf Reiſen ſchickt, für ſeinen Untergang einſteht. Denn das Verſchicken iſt unter den gegebenen Umſtänden an ſich ſchon eine Obligationswidrigkeit, deren ſchlimmer Ausgang den Lehrherrn nothwendig treffen muß. Cf. l. 13. §. 3. loc. cond.

[2]) Vergl. 12. §. 1. de usufr.: „Navis usufructu legato, navigandum (Hal. et Vulg. navigatum) mittendam puto, licet naufragii periculum immineat.“ Man hat mitunter zwiſchen dieſer und der obigen Stelle einen Widerſpruch gefunden, der in der That nicht beſteht. Die Römer hatten eine Zeit, in welcher die Schifffahrt wegen der herrſchenden Stürme ruhte (vom October bis April). Während derſelben durfte weder der Uſufructuar noch der mit der R. V. belangte Beſitzer die Schiffe ausſenden (l. 36. §. 1. cit.). Durch die bloße Möglichkeit eines Sturmes aber brauchte man ſich in guter Jahreszeit von der Benutzung der Schiffe nicht abhalten zu laſſen (l. 12. §. 1. cit.).

ſitzers für Culpa in non faciendo im Gegenſatze zu den bei Actiones ſtricti Juris vorkommenden Präſtationen hervorhebt.

Paullus libro XVII. ad Plautium in l. 91. pr. de V. O.

Si servum (Hal. inserit Stichum) stipulatus fuero, et nulla mora interveniente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est: sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus (Hal. quaerentibus considerandum est; Vulg. considerandum est), utrum quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est: quia qui dare promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.

Aber alle dieſe Stellen beweiſen nur, daß der Beſitzer nach der L. C. für die Sorgfalt eines fleißigen Hausvaters einzuſtehen habe, nicht auch, daß dieſe Haftung gerade aus der Clauſula de Dolo abgeleitet werden müſſe. Hierfür bedarf es alſo noch einer weitern Beſtätigung. Dieſe hat Savigny in ſeiner Darſtellung der Condictionenlehre erbracht. Er hat dargethan, daß ſich die Römer, um die engen Grenzen der aus einer Stipulation entſtehenden Verbindlichkeiten auszudehnen, und der Wirkung nach den Obligationes bonâ Fidei gleichzuſtellen, der Doli Clauſula bedienten [1]). Er führt dafür zwei merkwürdige Belege an, zwei aus ſehr verſchiedenen Zeiten herrührende Geſetze, worin Klagen aus fingirten Stipulationen vorgeſchrieben werden, mit Berückſichtigung der bona Fides. Die Lex Rubria, welche im Falle verweigerter Cautio Damni infecti Klagen aus einer fingirten Stipulation mit den Worten „quidquid ex ea stipulatione — — dare facere oporteret ex bona fide“ anordnet [2]), und ein Geſetz Juſtinian's, in welchem an die Stelle der

[1]) Savigny: Syſtem Bd. V. S. 495 fg. Vergl. auch Huschke de act. formulis, quae in lege Rubria exstant, p. 27 seq.

[2]) Lex Rubria c. 20. vers. 26. 27.

Actio Rei uxoriä eine auf fingirter Stipulation beruhende Klage gesetzt wird, der er die Natur der alten als einer bonä Fidei Actio mittheilt [1]). An einem andern Orte [2]) verweist Savigny, um den directen Gegensatz der Begriffe des Dolus und der bona Fides darzuthun, auf eine Stelle Ulpian's [3]). Die Actio de Dolo, sagt Ulpian, soll den Kindern gegen die Eltern, dem Freigelassenen gegen den Patron nicht gegeben werden, sondern an ihrer Stelle eine Actio in Factum, in welcher statt des Dolus der bona Fides Erwähnung gethan wird. Wie wir durch Cicero wissen, geschah dies mit den Worten: „Si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex bona fide“ [4]). Auch konnten bekanntlich einige B. F. Actiones in Factum concipirt, und in einer Intentio Juris civilis die den Umfang des richterlichen Arbitrium bezeichnenden Worte „ex bona fide“ durch eine Verweisung auf den Dolus des Verklagten ersetzt werden, ohne daß hierdurch am Inhalte seiner Verbindlichkeiten Etwas geändert wäre. [5]).

Auf die bona Fides gründeten nun aber die Römer die Prästation der Diligentia; finden wir diese also auf die R. V. angewandt, so kann der Grund kein anderer als die Doli Clausula sein. Savigny findet es sogar wahrscheinlich, daß, so lange der Ordo Judiciorum bestanden, bei jeder Litis Contestation Stipulationen mit Doli Clausula abgeschlossen worden seien, weil sich nur dadurch auf ungezwungene Weise die Thatsache erkläre, daß auch für jede Obligatio stricti Juris mit dem Beginne des Judicium ähnliche Wirkungen eingetreten, wie sie außer-

---

[1]) L. un. §. 2. C. de rei uxoriae actione: „accommodatur el natura rei uxoriae, et bonae fidei beneficium.“ §. 29. I. de actionibus.

[2]) Savigny a. a. O. S. 473. N. b.

[3]) L. 11. §. 1. de dolo malo.

[4]) Cic. ad Att. VI. 1.

[5]) Gaius IV. 47. In der Intentio in Jus concepta hieß es „quidquid dare facere oportet ex bona fide“; in der Intentio in Factum concepta „Si paret mensam argenteam dolo malo redditam non esse.“ Vergl. Savigny a. a. O. S. 473. N. a. Auch sonst wird der Dolus der bona Fides entgegengesetzt; l. 3. §. 3. pro socio; l. 6. §. 9. de act. emt. vend.; l. 23. de R. J.; l. 5. C. de resc. vend. Auch die Exceptio Doli (generalis) beweist dies.

dem nur bei B. F. Contractus wahrgenommen werden [1]). So weit aber darf man meines Erachtens nicht gehen; mir scheint jene Vermuthung eben nur für die dinglichen Klagen begründet. Denn offenbar bedurfte es für B. F. Obligationes einer besondern Stipulation nicht, sie wirkten von selbst in ihrer freieren Weise bis zur Zahlung fort. Gerade die Actiones stricti Juris aber behaupteten ursprünglich auch nach der L. C. ihre strenge Natur; erst Sabinus und seine Schule verschafften der Ansicht Eingang, daß der Schuldner die nach Beginn des Processes gewonnenen Früchte und Accessionen dem Gläubiger zu prästiren habe [2]). Ohne Zweifel rechtfertigte man dies durch die Condemnationsformel, welche auf „quanti ea res est" gestellt, die Verurtheilung auf den Zeitpunct der L. C. zu retrotrahiren, und eben deshalb das inzwischen zur Hauptsache Hinzugetretene in sich zu enthalten schien, wie Julian [3]) andeutet, wenn er sagt:

Cum homo ex testamento petitus est, causa ejus temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori.

Demnach bliebe die Vermuthung Savigny's nur auf einige Actiones in Factum anwendbar, und was diese anbelangt, so ist es doch in der That wahrscheinlicher, daß sie sich in Beziehung auf die Causa Rei dem Character irgend einer andern Klage anschlossen, als daß sich für sie insgesammt ein eigenthümliches Verfahren gebildet habe.

Wenn nun aber der Besitzer dem Vindicanten durch die Clausula de Dolo wie aus einem B. F. Negotium verpflichtet wird, so folgt daraus nicht ohne Weiteres, daß er die Haftung für Diligentia diligentis Patrisfamilias übernommen habe; denn die B. F. Negotia haben zunächst nur die Fähigkeit, dieselbe in sich aufzunehmen. Daß sie dies wirklich gethan, wird abgesehen von ausdrücklicher Verabredung besonders dann angenommen, wenn der Verpflichtete selbst einen Vortheil aus dem Geschäfte zieht. Im vorliegenden Falle nun verschafft

---

[1]) Savigny a. a. O. S. 501.
[2]) L. 38. §. 7. de usuris; l. 2. eod. („Vulgo receptum est, etc.)
[3]) L. 91. §. 7. de leg. I.

ſich der Verklagte durch die Leiſtung der Caution die Vortheile des Beſitzes, und ſomit erklärt ſich ohne Zwang aus allgemeinen Gründen die oben in den Quellen nachgewieſene Regel, daß derſelbe nach der L. C. nicht nur für Dolus, ſondern auch für Culpa einſtehe.

In engem Zuſammenhange mit der Clauſula de Dolo haben wir die Cautio de Dolo zu denken. Dieſelbe wurde mitunter bei Gelegenheit der Reſtitution des Streitobjects geleiſtet, und bezog ſich auf vergangenes Unrecht, welches der Kläger nicht kannte, und darum nicht ſofort zur Schätzung zu bringen vermochte; ſie ſollte mithin Verpflichtungen in ſich aufnehmen, welche ſchon unter die Clauſula de Dolo fielen, jedoch in dieſem Proceſſe nicht realiſirt worden waren. So that ich ihrer Erwähnung bei Beſtimmung der Leiſtungen, welche von dem Beſitzer gefordert werden, wenn er nach der L. C. das Streitobject uſucapirt hat; ſie ſchien in dieſem Falle nothwendig wegen der Freilaſſungen oder Verpfändungen, welche der Beſitzer an den in ſein Eigenthum übergegangenen Sachen vorgenommen haben konnte. Aber hierin beſtand nicht ihre einzige Anwendung; ſie mußte auch dann geleiſtet werden, wenn der Verdacht begründet war, es ſei vor der Reſtitution der vindicirten Sache ein heimlicher, erſt nachmals zum Vorſchein kommender Schaden zugefügt, es ſei z. B. dem Sclaven ein ſchleichendes Gift gegeben [1]). Im Allgemeinen nun beſtimmt den Inhalt der Cautio de Dolo eine Stelle Ulpian's, die beſonders deshalb merkwürdig iſt, weil ſie beweiſt, wie verſchieden derſelbe ſein konnte je nach den Umſtänden, unter welchen die Caution geleiſtet wurde.

Ulpian. libro LXVIII. ad Ed. in l. 45. de R. V.

Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a bonae fidei possessore, puto cavendum esse de dolo solo: debere [2]) ceteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.

---

1) L. 7. §. 3. de dolo.

2) Einige Ausgaben ſetzen das Zeichen nach „debere", was keinen guten Sinn hat.

Ulpian unterſcheidet zwiſchen redlichem und unredlichem Beſitzer. Der redliche ſoll nach der L. C. für Dolus und Culpa Caution leiſten, vorher von dem Augenblicke ſeiner Belangung an nur für Dolus. Die erſte dieſer Beſtimmungen iſt klar und mit den oben aufgeſtellten Grundſätzen in vollkommenem Einklange. Was aber die letztere anbelangt, ſo ſcheint es an und für ſich unmöglich, daß derjenige, welcher ſich ſelbſt für den wahren Eigenthümer hält, gegen den Vindicanten doloſe handeln könne, da der Irrthum, in dem er ſich befindet, den Dolus auszuſchließen ſcheint. Jedoch iſt zu bedenken, daß hier überhaupt nur von einem Falle des Dolus die Rede ſein kann, von demjenigen, welcher ſich in dem Aufgeben des Beſitzes äußert und der ohne Zweifel auch bei dem B. F. Poſſeſſor von ſeiner Belangung an möglich iſt. Nun wird freilich von Ulpian vorausgeſetzt, daß die Reſtitution wirklich erfolgt; wir dürfen daher den gänzlichen oder theilweiſen Verluſt des Beſitzes nur vorbereitet denken. Beiſpiele hierfür gewähren der ſchon erwähnte Fall der Eingebung eines langſam wirkenden Giftes, ſodann die Manumiſſion, die Verpfändung und ſonſtige Belaſtungen des Streitobjects, ſowie der Verzicht auf Prädialſervituten, welche an dem ſtreitigen Grundſtücke haften [1]), wenn der Beſitzer die Uſucapion ſchon vor der L. C. vollendet hat. Iſt dieſe nämlich durch eine Geſchäftsüberhäufung des Magiſtratus oder durch das Zögern des Verklagten möglich geworden, ſo hält es dem Vindicanten nicht ſchwer, Reſtitution gegen dieſelbe zu erlangen [2]); und hat ſich nun der Verklagte veranlaßt geſehen, ehe es noch zur L. C. gekommen iſt, den uſucapirten Gegenſtand zu reſtituiren, ſo ſoll er wegen der Gefahr, daß er einen zukünftigen Verluſt oder eine Beengung des Beſitzes bewirkt habe, dem Vindicanten Cautio de Dolo leiſten.

Dem B. F. Poſſeſſor entgegen ſtehen nun alle Uebrigen, alſo zunächſt der unredliche Beſitzer einer einzelnen Sache, aber ohne Zweifel

---

[1]) Arg. l. 15. de pign. act.

[2]) L. 24.; l. 25.; l. 26. pr. in quibus causis majores.

auch der Besitzer von Erbschaftssachen, ohne Rücksicht auf guten und bösen Glauben. Zu dieser Bestimmung des Gegensatzes, die allerdings etwas Anstößiges hat, weil ja auch an Erbschaftssachen redlicher und unredlicher Besitz gedacht werden kann, veranlaßt der sehr allgemeine Ausdruck „ceteri", den auf den unredlichen Besitzer einer Einzelsache zu beschränken ganz unthunlich scheint. Auch ist derselbe in der Verbindung, in welcher er steht, insofern einigermaßen angemessen, als der Besitzer von Erbschaftssachen schon mit der Denunciation, also mit der ersten Kenntniß von dem ihm drohenden Processe, in den meisten Puncten einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet wird. Ja diese Gleichstellung macht es unmöglich, beide nicht auch in Beziehung auf den Inhalt der Cautio de Dolo, wenn nach Einleitung des Verfahrens (post conventionem) restituirt worden ist, auf gleichem Fuße zu halten. Denn beide haften von diesem Momente an (der Prädo jedoch schon vorher) für Dolus und Culpa. Dagegen erhebt sich die schwierige Frage, wie es komme, daß auch der unredliche Besitzer einer Einzelsache schon vor der L. C. wegen seiner Culpa caviren soll, da zwischen ihm und dem Vindicanten ein Obligationsverhältniß und damit die Verpflichtung zur Prästation von Diligentia erst durch die Cautio Judicatum solvi begründet wird. Um dies zu erklären, sind verschiedene Annahmen möglich. Es ließe sich denken, der unredliche Besitzer einer Einzelsache hafte gleich dem Prädo [1]) vor der L. C. nicht bloß dann, wenn er arglistig den Besitz aufgegeben, sondern auch, wenn er durch seine Nachlässigkeit denselben verloren habe. Einestheils aber paßt diese Erklärung nicht auf den vorliegenden Fall, in welchem das Streitobject selbst restituirt wird, und die Beschwerung mit dinglichen Rechten wegen Ausschlusses der Usucapion unmöglich ist, in welchem auch nicht etwa vom Verluste von Servituten durch Nichtgebrauch die Rede sein kann, da ein Sclav Gegenstand des Streites ist, anderntheils ist, wie ich auszuführen gesucht habe, die Haftung dessen, welcher vor der L. C.

[1]) L. 25. §. 2. de H. P.

den Besitz aufgegeben hat, bei der Eigenthumsklage aus dem Gesichtspuncte einer Delictsobligation zu betrachten, und deshalb durch eine Culpa in non faciendo nicht zu begründen. Ein anderer Versuch wäre der, in dem Dolus und der Culpa, für welche Caution geleistet wird, die Voraussetzungen aller der Delicte zu sehen, welche möglicherweise von dem unredlichen Besitzer an der restituirten Sache begangen sein können, so daß dem Vindicanten neben den Klagen, welche er aus den Delicten selbst hat, noch ein besonderer durch Caution gesicherter Anspruch gewährt würde. Ich halte aber auch dies für wenig wahrscheinlich. Wozu diese Sicherstellung, da weder durch die Restitution, noch durch die nach der L. C. ausgesprochene Absolution dem Vindicanten irgend ein solcher Anspruch verloren geht, oder geschwächt wird. Und würde man durch die Beschränkung der Caution auf die positive Culpa des Besitzers nicht doch einen Unterschied zwischen dem unredlichen Besitzer einer Einzelsache, und dem Besitzer von Erbschaftsgegenständen begründen, während Ulpian sie beide gleichzustellen scheint?

In der That möchte also eine Vereinigung unseres Fragments mit der sonst beglaubigten Stellung eines unredlichen Besitzers nicht wohl möglich sein, ohne Annahme einer Interpolation, auf welche schon die ungenaue und dunkle Ausdrucksweise der Stelle hindeutet. So wäre es möglich, daß Ulpian von dem redlichen Besitzer einer Einzelsache handelte, und diesem den unredlichen Besitzer einer solchen gleichstellte, dagegen die Besitzer von Erbschaftssachen ganz in der Weise aus der Cautio de Dolo verpflichtete, wie wir jetzt die „ceteri“ verpflichtet finden; möglich, daß die Compilatoren die Bevorzugung des unredlichen Besitzers vor den Inhabern von Erbschaftssachen nicht billigten, und dadurch veranlaßt wurden, erstere den letztern unter dem Ausdrucke „ceteri“ gleichzustellen. Ich halte diese Lösung für die einzig befriedigende, wenn man davon ausgeht, daß Ulpian überhaupt von den dinglichen Klagen geredet habe. Aber dies selbst ist mehr als zweifelhaft.

Nach der Inscription ist die Stelle dem 68sten Buche des Com-

mentars zum Edicte entlehnt, also einem Theile dieser Arbeit, in welchem Ulpian von den Interdicten handelt [1]). Nun haben die Interdicte, welche auf Restitution und Exhibition gerichtet sind, ganz ähnliche processualische Formen, wie die dinglichen Klagen; sie sind gleich diesen arbiträrer Natur, und können deshalb auch zur Anwendung der Cautio de Dolo Veranlassung geben. Hier aber weichen sie von der Eigenthumsklage in einem Puncte ab. Da sie nämlich auf einem Obligationsverhältnisse beruhen, so kann schon vor der L. C. die Hauptleistung durch das Verhalten des Verklagten Modificationen erleiden, welche bei der Condemnation in Anschlag gebracht, und eben darum auch, wenn die Restitution freiwillig geschieht, in die Cautio de Dolo aufgenommen werden. Namentlich ist dies möglich, wenn der Verklagte den Besitz, welchen er restituiren soll, in unrechtlicher Weise hat, indem er bald vom Augenblicke des Besitzerwerbes [2]), jedenfalls von dem der Erbittung des Interdictes an, für alles das einsteht, was der Kläger ohne das Unrecht des Verklagten [3]) gehabt haben würde, also ohne Zweifel für Dolus und Culpa. Aber auch den, welcher guten Grund hat, sich für den rechtmäßigen Besitzer zu halten, und darum in den Proceß einzulassen, trifft die Verurtheilung, wenn er auf die Gefahr eines nachtheiligen Urtheils hin sich eine Verletzung des Streitobjectes hat zu Schulden kommen lassen. Bei dem Interdictum quorum Bonorum, quod Legatorum (obschon bei diesem ein redlicher Besitz seltner vorkommen kann [4])) wird dies Niemand bezweifeln. Somit ist die Entscheidung Ulpian's dem Interdictenprocesse ganz angemessen; auch erscheint der Ausdruck „ceteri" sehr gut gewählt, wenn man bedenkt, daß der gute Glaube des Verklagten hier seltner, der böse Glaube aber in den verschiedensten Gestalten vorkommt. Vielleicht ist aber doch der Schlußsatz von den Compilatoren zugefügt,

---

[1]) Vergl. Wieling: Jurispr. rest. p. 287. col. 2. und p. 288. Auch l. 150. de R. I. ist aus dem 68sten Buche.

[2]) L. 1. §. 41. de vi et de vi armata.

[3]) Hier ist dieser Satz wörtlich zu verstehen, da aus demselben auch die Haftung für den zufälligen Untergang abgeleitet wird. Vergl. auch l. 2. §. 2. quod legatorum.

[4]) L. 1. §. 9. quod legatorum.

um die Stelle für die Eigenthumsklage zuzuschicken; denn man sieht nicht ein, aus welchem Grunde die Verpflichtung des Verklagten mit der L. C. die Prästation der Culpa in sich aufnehmen sollte, wenn ihn das Interdict nicht von Anfang an dazu anhält. Wenn nun die Stellung, welche das uns vorliegende Fragment ursprünglich hatte, fordert, daß dasselbe auf die Interdicte bezogen werde, so ergibt sich, wie ungeschickt die Compilatoren verfahren sind, wenn sie ihm ohne Rücksicht auf die Uebereinstimmung seines Inhalts mit dem Character des Eigenthumsprocesses eine Beziehung auf diesen gegeben haben. Wir unsererseits dürfen uns dadurch nicht verleiten lassen, mit dem Passenden auch das Unpassende für anwendbar zu halten; unmöglich kann dem Restituenten durch die Cautio de Dolo nachträglich die Haftung für seine Nachlässigkeit aufgebürdet werden, wenn er nicht schon vorher nach allgemeinen Grundsätzen in diesem Grade verhaftet war.

Um nun zum Schlusse zu dem Puncte zurückzuführen, von dem wir ausgegangen sind, so wird durch das Bisherige die Behauptung gerechtfertigt sein, daß die Cautio de Dolo je nach den processualischen Verhältnissen, in welchen sie geleistet wurde, eine Haftung von sehr verschiedenem Umfange begründete. Denn wenngleich Ulpian sich so ausdrückt, als ob in der Fassung der Caution nach den Umständen gewechselt sei, so läßt doch die gleichmäßig wiederkehrende Bezeichnung derselben keinen Zweifel darüber, daß sie immer nur den Dolus erwähnt habe [1]), aber bald weiter, bald enger ausgelegt worden sei.

Fortsetzung (dolöses Erbieten zum Processe [2])).

§. 28.

Wir gehen nunmehr zu den einzelnen Anwendungen der Clausula de Dolo über. Diese lassen sich auf vier Puncte reduciren: der Ver-

[1]) L. 18. und 20. de R. V.; l. 15. de pign. act.; l. 9. §. 5. quod metus causa; l. 21. §. 1. de aedil. edicto.

[2]) Ueber diesen Gegenstand besitzen wir

klagte haftet aus ihr wegen arglistiger Uebernahme des Processes, wegen verschuldeten Verlustes des Besitzes, wegen verschuldeter Deterioration des Streitobjectes, und wegen der Früchte, welche er zu ziehen oder zu bewahren vernachlässigt hat.

Nimmt Jemand die R. V. oder H. P. an, ohne Besitzer zu sein, so liegt darin kein Unrecht. Der Besitz ist in Jure nicht Gegenstand der Verhandlung. Eine Frage an den Verklagten findet, wie wir gesehen haben, nicht Statt. Er läugnet nur im Allgemeinen, daß die Klage gegen ihn mit Recht angestellt werde; den Grund seines Läugnens braucht er so wenig anzugeben, als der Kläger den Grund seiner Klage. Und wollte er auch den Besitz speciell läugnen, so hat dies doch keinen bestimmten rechtlichen Erfolg, sobald er bereit ist, den Streit zu übernehmen, und die geforderte Cautio Judicatum solvi zu leisten. Zwar kann er sofort eine Untersuchung über den Besitz dadurch herbeiführen, daß er die Vertheidigung zu übernehmen sich weigert. Hierzu ist er aber nur berechtigt („licet ei dicere, se non possidere"), nicht verpflichtet [1]), denn er wird sich auf den Streit gerade dann einlassen, wenn er die Klage nicht für begründet hält. Es ist vielmehr Sache des Klägers, sich vorzusehen, und vor Beginn des Processes die nöthigen Materialien zu sammeln, damit er nach der Hand im Stande sei,

---

einige Dissertationen: Aem. Lud. Hombergk zu Bach: De oblatione ad litem, Marb. 1746. (eine gründliche und geschickte Arbeit, die nur von dem falschen Grundgedanken ausgeht, der Verklagte könne durch eine Interrogatio in Jure zu einer Erklärung über seinen Besitz gezwungen werden). Ad. Ign. Turin: De fieto possessore, Erford. 1774. (ohne Begründung, oberflächlich und geschmacklos). Io. Henr. Chr. Erxleben: De eo, quod juris est circa fictam possessionem, Goett. 1778. (zuviel allgemeines Raisonnement, unter dem unbefangene Behandlung der Quellen verloren geht).

[1]) L. 80. de R. V. („In rem actionem pati non compellimur"). Hierdurch wird am Bestimmtesten die Ansicht widerlegt, wornach der Detentor, wenn er sein Verhältniß zum Streitobjecte verschweigt und die Cautio de Rato nicht leistet, als fictus Possessor betrachtet werden soll. Er kann allerdings so angesehen werden; dies setzt aber voraus, daß er sich für den juristischen Besitzer ausgibt. Ohne diesen Dolus wird er jedem andern Verklagten gleich behandelt. Vergl. auch Hombergk l. c. §. 21.

die factiſchen Vorausſetzungen der erhobenen Eigenthums- oder Erbſchafts-klage mit den erforderlichen Beweismitteln feſtzuſtellen.

Nun tritt aber, wenn der Beſitz des Verklagten nicht bewieſen werden kann, Zurückweiſung der Klage ein. Und dieſe kann allerdings für den Kläger höchſt nachtheilig ſein. Denn wenn während des Aufenthalts, welchen der gegen den vermeintlichen Beſitzer anhängig gemachte Proceß verurſacht, der wirkliche Beſitzer uſucapirt, ſo hat der abgewieſene Kläger zur Wiedergewinnung ſeines Eigenthums kein Rechtsmittel. Sehr erſchwert aber wird ihm jedenfalls die Verfolgung ſeines Rechtes ſchon dadurch, daß der Beſitzer in dem gewonnenen Aufſchube das Streitobject ſeinen Augen entzieht, oder mit ſich in ferne Lande nimmt. Gewiß wird Niemand dieſen Erfolg unbillig finden, wenn ihn der Kläger ſelbſt durch einen Mangel an Vorſicht verurſacht hat. Er kann aber eben ſo gut durch Täuſchungen herbeigeführt werden, um den Vindicanten in unverſchuldeten Schaden zu bringen, und hiergegen muß ſchon nach allgemeinen Grundſätzen ein Rechtsſchutz Statt finden. Hat ſich daher ein Nichtbeſitzer für den wahren Beſitzer ausgegeben, ſo wird der Vindicant nicht bloß durch die Actio de Dolo, ſondern auch nach Aufnahme der Clauſula de Dolo durch dieſe in der Art geſchützt, daß wenn der Verklagte als Nichtbeſitzer hätte abſolvirt werden müſſen, er nunmehr wegen ſeines Dolus condemnirt wird. So hatte nach dem Berichte des Gaius ſchon Sabinus entſchieden.

Gaius libro XXVII. ad Ed. prov. in l. 39. de dolo malo.

Si te Titio optuleris de ea re, quam non possidebas in hoc ut alius usucapiat, et judicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino placet.

Hier wird in Subſidium die Actio de Dolo gegeben, wenn der Verklagte im Eigenthumsproceſſe ungeachtet der Cautio Jud. solvi ein freiſprechendes Erkenntniß erwirkt hat. Ganz ausdrücklich verweiſt aber auf die Clauſula de Dolo der Juriſt Celſus im vierten (nach der Flor. im dritten) Buche ſeiner Digeſten [1]): „qui se hereditatis petitioni

[1]) L. 15. de H. P.

optulit, ex doli clausula tenetur", und mit Hindeutung auf dieſe Stelle des Celſus Ulpian [1]):

„Et videndum, si non possidens (Hal. possideat) optulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus libro quarto Digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim teneri eum, qui se offert petitioni."

Hieraus hatte denn Marcellus die Regel formulirt: „Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri" [2]).

Nun kann man den Eigenthümer und Erben in verſchiedener Weiſe zu dem Glauben veranlaſſen, man ſei der wahre Beſitzer. Man kann es ſowohl durch ausdrückliche Erklärung, als durch Handlungen, welche darauf berechnet ſind, den täuſchenden Schein des Beſitzes zu erzeugen. Der Art würde das öffentliche Ausgebot des Streitobjectes zum Verkaufe oder zur Miethe ſein, auch wohl die Vertheidigung eines Grundſtücks gegen die Occupation, welche der Vindicant vornimmt, um den wahren Beſitzer zum Hervortreten zu nöthigen [3]). Doch wird wie im letztern ſo in allen dieſen Fällen der erforderliche Dolus nur dann angenommen werden können, wenn der Vindicant bereits Miene zur Einleitung eines Proceſſes über ſein dingliches Recht gemacht hat, einerlei ob er bereits gegen eine beſtimmte Perſon, namentlich gegen den wahren Beſitzer zu agiren begonnen hat, oder nicht. Und vollendet iſt der Dolus erſt in dem Augenblicke, in welchem der nunmehr für den Beſitzer Angeſehene wirklich Litem conteſtirt. Denn träte er vorher wieder zurück, ſo läge der Dolus außerhalb des Proceſſes, und könnte unmöglich in der Clauſula de Dolo enthalten ſein. So ſagt

Ulpian. libro LXX. ad Ed. in l. 25. de R. V.

---

[1]) L. 13. §. 13. eod.

[2]) So ſagt Ulpian in der Fortſetzung der zuletzt citirten Stelle. Ganz mit Unrecht bringt Glück: Comm. Bd. VII. S. 524. N. 84. dieſe Haftung in Verbindung mit dem ſ. g. Senatusconſultum Juventianum.

[3]) In dieſem Puncte hat vielleicht die Haftung deſſen, „qui liti sese optulit", einen Zuſammenhang mit der Deductio, wie Keller in der Zeitſchr. für geſch. R. W. Bd. XI. S. 302. bemerkt.

Is, qui se optulit rei defensioni sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quominus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. Sed hoc post litem contestatam. Ceterum ante judicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse, qui discessit.

Hieraus ergibt sich nun, wie unrecht es ist, wenn manche Juristen [1]) einen Unterschied statuiren zwischen dem, welcher sich auf die Klage wie ein Besitzer einläßt, und demjenigen, welcher den Vindicanten von der Klage gegen den Besitzer abwendig macht, indem sie letztern selbst dann wollen verurtheilen lassen, wenn er vor der L. C. zurückgeht. Paullus, auf den sie sich berufen, rechtfertigt diese Ansicht nicht. Wenn er die Verurtheilung dessen, der sich ohne Besitz zur Annahme des Streites erbietet, während der Vindicant den wahren Besitzer belangen wollte, als eine unbedingte hinstellt [2]), so behauptet er damit nichts Anderes, als das, was in obigen Stellen mit der Annahme einer ficta Possessio gesagt ist; gedächte er das Zurückgehen des Betrügers auszuschließen, so würde er dieser Beschränkung ohne Zweifel ausdrücklich Erwähnung

---

[1]) Vergl. Glück: Comm. Bd. VIII. S. 203. N. 2., und die daselbst Citirten; Wangerow: Leitfaden Bd. I. S. 576. Gegen diese Ansicht spricht außer dem im Texte Angeführten auch l. 7. §. 18. quibus ex causis in poss. eatur. Hier wird entschieden, daß wenn der Besitzer von Erbschaftssachen latitire, der Besitz transferirt, gegen den „dolo desinens possidere" aber die Missio in Bona verhängt werde. Wenn nun derjenige, welcher den Vindicanten vom wahren Besitzer abwendig macht, schon vor der L. C. als fingirter Besitzer betrachtet würde, so müßte seiner ohnfehlbar neben dem Dolo desinens Possidere Erwähnung geschehen, und auch ihm gegenüber die Missio angewandt werden.

[2]) Paullus in l. 27. pr. de R. V.: „Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, et ideo liti sese obtulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est." Das „sin autem" bildet keinen Gegensatz zu dem Inhalte der l. 25., sondern zu der zunächst vorausgehenden l. 26. de R. V. Auch ist unter der „testatio" nicht die Aufrufung von Zeugen bei der Oblation, sondern wie es der Zusammenhang verlangt, der im Judicium zu führende Zeugenbeweis zu verstehen.

thun. Dem Vindicanten bleibt, wenn der wahre Beſitzer uſucapirt hat, ehe es noch zur L. C. gekommen iſt, gegen den zurücktretenden Nichtbeſitzer die Actio de Dolo. Der Dolus liegt hier nicht in der Uebernahme des Proceſſes, ſondern darin, daß er dem Beſitzer durch den ihm verſchafften Aufſchub die Vollendung der Uſucapion möglich gemacht hat.

Wenn nun durch das Bisherige der Begriff einer täuſchenden Annahme des Proceſſes feſtgeſtellt iſt, ſo werden wir umgekehrt die Exiſtenz derſelben läugnen müſſen, wenn entweder der Kläger das wahre Verhältniß kennt, oder der Verklagte über ſeine Beziehung zum Streitobjecte im Irrthume iſt. Denn der iſt nicht getäuſcht, welcher über die Wahrheit im Klaren iſt, und der hat nicht getäuſcht, welcher ſich ſelbſt irrte. Den erſten Fall behandeln.

Paullus libro II. ad Plautium in l. 26. de R. V.

Nam si actor scit, tunc non ab alio, sed a se decipitur, et ideo reus absolvitur.

Celsus libro IV. Dig. in l. 45. de H. P.

Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire (Hal. scisse), eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus.

Ulpian. l. c. in l. 25. de R. V.

— — si actor ignoret, non est absolvendus.

Auf den letzten Fall beziehen ſich die Anfangsworte zweier Stellen Ulpian's, der l. 9. §. 1. de exc. rei jud.

Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, — —

und der l. 25. cit.

Is, qui se optulit rei defensioni sine causa, — —

Hier bezeichnet das „sine causa“ den Mangel eines zur Rechtfertigung des Irrthums genügenden Grundes, und beweiſt, daß der Verklagte, wenn die Oblation dargethan iſt, ſich durch den Beweis ſeines

Irrthums von der Anschuldigung und den Folgen des Dolus frei machen kann.

Der Gegenstand der Verurtheilung ist das Interesse, welches der Kläger hat, nicht betrogen zu werden, keineswegs gerade der Werth des Streitgegenstandes [1]):

aestimari scilicet oportebit (Hal. aestimarique oportebit), quanti ejus interfuit, non decipi.

Der Regel nach wird jenes bedeutender sein, als dieser, weil wenn die Klage gegen den wirklichen Besitzer, z. B. durch inmittelst vollendete Usucapion verloren sein sollte, mit der Sache selbst auch die Früchte und sonstigen Accessionen verloren sind, niemals aber geringer, selbst dann nicht, wenn der wirkliche Besitzer das Streitobject nicht ersessen hat, also mit der dinglichen Klage noch immer belangt werden kann. Denn wie ein Besitzer soll ja der, welcher sich zum Streite offerirt, behandelt werden, und auf weniger als den einfachen Werth kann daher die Verurtheilung nicht geschehen [2]). Daß aber die Anstellung der Eigenthums- oder Erbschaftsklage gegen den wahren Besitzer offen bleibe, bezeugt

Paullus libro XII. (Hal. lib. XL.) in l. 7. de R. V.

Si is, qui se optulit fundi vindicationi damnatus est, nihilominus a possessore recte petetur.

Die Verurtheilung kann jedoch dadurch abgewandt werden, daß der Besitzer die Vertheidigung des Verklagten übernimmt, oder das Streitobject, gleich als sei er selbst verklagt, restituirt. Zwar wird in dieser Verbindung keines von beiden ausdrücklich anerkannt; allein die Uebernahme der Vertheidigung ist dem Besitzer für den „dolo desinens possidere“ gestattet [3]), und der Restitution geschieht bei der

[1]) L. 45. i. f. de H. P.

[2]) Hiermit sind einverstanden Hombergk l. c. §. 26.; Turin l. c. §. 5.; Wangerow: Leitfaden Bd. I. S. 577. A. M. Gesterding: Ausführl. Darstellung der Lehre vom Eigenthume u. s. w. S. 319. Sehr viele Schriftsteller geben dem Kläger wegen des Dolus geradezu das Juramentum in Litem; doch sprechen dafür die Quellen nicht.

[3]) L. 13. §. 14. de H. P.: „Sed si alius nanctus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit, judicium pati, Marcellus libro quarto Digestorum

Actio confeſſoria des Uſufructuars in folgender Stelle Ulpian's Erwähnung.

Ulpian. libro XVII. ad Ed. in l. 5. §. 5. si usufr. petetur.

Sed et si forte tempore usufructus amissus sit, alio quidem possidente, alio autem liti se offerente, non sufficit, eum usumfructum iterum renovare: verum cavere quoque eum de evictione usufructus (Hal. usufructuario) oportet: quid enim, si servum aut fundum is, qui possidebat, pignori dedit, isque ab eo, qui pignori accepit, jure uti prohibetur? debebit itaque habere cautum.

Die Kenntniß der Verhältniſſe, in welche die vorliegende Entſcheidung Ulpian's eingreift, entnehmen wir den vorausgegangenen Paragraphen. Der Uſufructuar will ſeinen Nießbrauch mit der Actio confeſſoria gegen den Beſitzer und Eigenthümer des ihm dienenden Gegenſtandes geltend machen, weil er in der Ausübung ſeines Rechtes durch den Mangel der Detention gehindert iſt. Statt des Beſitzers erbietet ſich nun aber ein Anderer zur Annahme des Streites, und während gegen dieſen der Proceß eingeleitet und fortgeführt wird, geht der Uſusfructus durch Nichtgebrauch verloren. Hier ſoll, wenn der Uſusfructus wieder hergeſtellt wird, zugleich eine Cautio de Evictione geleiſtet werden. Denn wenn inzwiſchen das Grundſtück oder der Sclav, an welchem derſelbe Statt fand, einem Dritten verpfändet iſt, ſo iſt dieſer an den neubeſtellten Uſusfructus nicht gebunden, ſondern kann ihn mit der Pfandklage evinciren. Der nun, welcher den Uſusfructus von Neuem conſtituirt („eum usumfructum iterum renovare"), iſt nicht der Verklagte, ſondern, wie ich es oben als zuläſſig darſtellte, der Beſitzer, den wir eben deshalb in vorliegendem Falle als Eigenthümer betrachten müſſen, ſo wie er es iſt, der wegen derjenigen Verpfän-

---

tractat ne forte evanescit (Hal. num forte evanescat) adversus eum, qui desiit, litis aestimatio: et magis evauescere ait, nisi petentis interest. Certe si rem paratus sit restituere, indubitatum erit, evanescere.

dungen, welche von ihm vorgenommen sein könnten, die Caution leistet [1]).

Fortsetzung (doloses Aufgeben des Besitzes).

§. 29.

Ein anderer Fall, in welchem der Verklagte als Nichtbesitzer wegen seines Dolus verurtheilt wird, gleich als ob er besitze, ist der, daß er den Besitz des Streitobjects nach der L. C. dolose aufgegeben hat [2]). Dies kann durch Veräußerung an einen Andern [3]), durch Dereliction [4]), durch Vernichtung [5]), durch Umwandlung [6]), und endlich durch eine solche Verbindung der streitigen Sache mit einer andern geschehen, daß dieselbe nicht mehr als besondere besessen wird [7]). Ueberhaupt hört derjenige dolose zu besitzen auf, welcher die Möglichkeit der Restitution aufgibt [8]). Die Absicht, welche er dabei verfolgt, wird die sein, als Nichtbesitzer absolvirt zu werden, was offenbar der Fall sein würde, wenn nicht durch die Clausula de Dolo seine Verurtheilung vorbereitet wäre. Und weil nun der Dolus in dieser Clausel auch die Culpa umfaßt, so gilt ein Gleiches, wenn jener Erfolg durch sorglose Aufbewahrung oder Behandlung des streitigen Objects herbeigeführt worden ist [9]).

Daß nun die Haftung dessen, welcher durch seine Schuld die Facultas restituendi verliert, auf die Clausula de Dolo zurückzuführen sei, läßt sich zwar nicht unmittelbar für die Eigenthums- und Erbschafts-

---

[1]) Die Cautio de Evictione ist ihrem Zwecke nach mit der von dem Verklagten zu leistenden Cautio de Dolo zu vergleichen.

[2]) Die Zahl der Stellen, welche vom dolosen Aufgeben des Besitzes nach der L. C. handeln, ist sehr groß. Vergl. l. 17. pr. §. 1.; l. 22.; l. 27. §. 1.; l. 47.; l. 57.; l. 58.; l. 68.; l. 69. de R. V.; l. 41. pr. i. f.; l. 57. de H. P.; l. 17. de exc. rei jud.

[3]) L. 17. pr. de R. V.; l. 9. §. 2. ad exhib.

[4]) L. 22. de R. V.

[5]) L. 9. pr. ad exhib.

[6]) L. 9. §. 3. ad exhib.

[7]) L. 1. §. 1. de tigno junctо.

[8]) L. 1. §. 7. quod legatorum: „Quod ait Praetor: aut dolo malo desiit possidere, sic accipere debemus, desiit facultatem habere restituendi.“

[9]) L. 91. pr. de V. O.; l. 4. §. 4.; l. 5. §. 3. de in litem jur.; l. 16. §. 1.; l. 21.; l. 36. §. 1.; l. 63. de R. V.; l. 31. §. 3. de H. P.; l. 21. §. 3. de evict.

klage beweiſen, weil dieſe Klagen nach Juſtinian's Beſtimmung überhaupt nicht mehr durch die Cautio Judicatum ſolvi eingeleitet werden. Dagegen wird in ganz ähnlichen Verhältniſſen die Haftung wegen doloſer Vernichtung einer zu reſtituirenden Sache aus jener Clauſel abgeleitet, und hierdurch gewiß auch für unſern Fall ein ſo vollſtändiger Beweis erbracht, daß kein gerechter Zweifel übrig bleibt.

Ulpian. libro LXXIX. ad Ed. in l. 1. §. ult. si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.

Si res, quae legata sit (Hal. est), apud legatarium interierit, probandum est, exceptione succurri ei, qui promisit.

Paullus libro LXXV. ad Ed. in l. 2. eod.

Etiamsi quanti ea res sit, promisit.

Ulpian. eod. in l. 3. eod.

Nisi si dolo ipsius aliquid factum sit: tunc enim ex doli clausula, quae in ista stipulatione continetur, tenebitur.

Nach der Lex Falcidia darf dem Erben ſeine teſtamentariſche Erbportion nicht über drei Viertheile mit Legaten beſchwert werden. Nun kommt es häufig vor, daß das wahre Verhältniß der Legate zu dem hinterlaſſenen Erbtheile nicht ſogleich zu der Zeit feſtgeſtellt werden kann, in welcher die Legate auszuzahlen ſind. Es iſt z. B. zweifelhaft, ob nicht noch unbekannte Schulden auftauchen, oder der Erbe wegen einer eingeklagten Forderung verurtheilt werden wird, oder die einer Stipulation beigefügte Bedingung eintritt. Die Abkunft, welche das römiſche Recht in ſolchen Fällen trifft, iſt die, daß die Quart nach dem bekannten und unzweifelhaften Zuſtande des Vermögens berechnet, vom Vermächtnißnehmer aber Caution geleiſtet wird, daß er im Falle ſpäter eintretender Verminderungen der Erbſchaft das Zuvielerhaltene herausgeben wolle [1]). Von dieſer Caution handeln nun obige Fragmente, in denen die Frage aufgeworfen iſt, welche Folge der Untergang eines oder

[1]) Ueber die Faſſung dieſer Caution vergleiche man l. 1. §. 12.; l. 31.; l. 72. §. 3. ad leg. Falcidiam; l. 1. §. 11.; l. 5. si cui plus, quam etc.

des andern legirten Gegenstandes habe? Ulpian entscheidet, daß daraus dem Legatar eine Einrede gegeben werde, ausgenommen wenn der Untergang durch seinen Dolus herbeigeführt sei; denn hier werde nicht die Clausula „redditum iri, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam licuerit", sondern die der Caution beigefügte Clausula de Dolo committirt; damit aber ist auf das Bestimmteste anerkannt, daß wenn die Restitution eines Gegenstandes vom Besitzer stipulirt ist, die nachher eintretende Unmöglichkeit der Restitution die Verbindlichkeit vernichte, selbst wenn dieselbe ihren Grund in des Verklagten Argliſt habe, daß sich dieserhalb der Stipulator nur mittelst eines Versprechens sichern könne, durch welches der Besitzer jeder Argliſt entsagt.

Hiermit scheint aber eine andere Erscheinung nicht in Einklang gebracht werden können. Bekanntlich haftet der Besitzer auch dann, wenn er, um einen drohenden Proceß von sich abzuwenden, vor der L. C. zu besitzen aufhört. Man könnte daher glauben, seine Haftung werde in dieser Beziehung überhaupt durch die L. C. nicht verändert, beruhe nach wie vor derselben auf gleichem Grunde. Diese bei unsern Juristen sehr gangbare Ansicht widerlegt sich aber zur Genüge dadurch, daß in früherer Zeit der Dolus präteritus, d. h. der vor die Annahme des Judicium fallende [1]), weder im Eigenthums- noch im Erbschaftsprocesse zur Aburtheilung kam. Seine spätere Berücksichtigung beruht bei der H. P. auf der allmälig zur Herrschaft gelangten Ansicht, daß der Besitzer von Erbschaftssachen als Geschäftsführer der Erbschaft zu betrachten, und deshalb dieser oder was dasselbe ist, dem Erben für jede dem guten Glauben widerstreitende Handlung verhaftet sei. Wenn daher das unter Hadrian gemachte Senatusconsult die neue Ansicht in den Worten anerkennt:

„Item eos, qui bona invasissent, cum scirent, ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo

[1]) L. 4. §. 18. de doli mali et metus exceptione: „de praeterito ejus dolo, h. e. si ante judicium acceptum dolo quid fecerit." L. 25. §. 7. de H. P.

minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent“ [1]).

so wird offenbar die Haftung dessen, welcher nach der L. C. den Besitz aufgibt, als altes Recht vorausgesetzt, und daran die neue Bestimmung angeschlossen. Diese bezog sich aber nur auf den Prädo, nicht auf den, welcher sich für den wahren Erben hielt. Vielmehr war dieser vor der L. C. fortwährend von der Haftung für Dolus und Culpa frei, bis auch ihn eine weitere Ausbildung des gewonnenen Princips schon mit Erhebung des Processes dem wissentlichen Führer fremder Geschäfte gleichstellte. Damit hatte aber die Leistung der Cautio Judicatum solvi allerdings von ihrem sichtbaren Einflusse auf die Haftung des Erbschaftsbesitzers sehr Vieles eingebüßt; trotz dem bleibt sie dadurch von Wichtigkeit, daß sie alle Verpflichtungen des Besitzers aus der vorausgegangenen Zeit als Theile eines Ganzen zusammenfaßt, welche selbst wieder neuer Erweiterungen fähig sind. So erklärt es sich, wie Ulpian am Schlusse seiner Interpretation obiger Gesetzesstelle doch wieder den Dolus präteritus mit den Worten hervorheben kann:

qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus [2]).

Was dagegen die Eigenthumsklage anbelangt, so ist bereits oben nachgewiesen worden, welcher Zusammenziehung dieselbe die Aufnahme des Dolus präteritus verdankte. Jetzt sind wir zudem im Stande, einen Vergleich zwischen ihm und dem der Clausula de Dolo widerstreitenden Benehmen anzustellen. Letzteres umfaßt auch die Culpa in non faciendo, jener beschränkt sich auf absichtliche Veräußerungen und begründet eine auf die Erben des Besitzers nicht übergehende wahre Delictsobligation. Während also bei der Erbschaftsklage nur das höhere Alter den eigenthümlichen Character der Haftung des nach der L. C. den Besitz des Streitobjectes aufgebenden Verklagten beweist, spricht hierfür bei der Eigenthumsklage zugleich der weitere Umfang, welcher derselben beigelegt wird.

[1]) L. 20. §. 6. de H. P.

[2]) L. 25. §. 7. eod.

Es iſt nunmehr der Gegenſtand der Verurtheilung zu beſtimmen. Auch hier gilt der Grundſatz, daß der Verklagte, gleich als ob er beſitze, verurtheilt werde [1]). Jedoch wird in Beziehung auf die Art der Schätzung ein Unterſchied gemacht. Iſt durch wirklichen Dolus der Beſitz verloren, ſo hat der Vindicant das Recht, durch das Juramentum in Litem ſein Intereſſe feſtzuſetzen, während wenn eine Culpa Grund des Verluſtes iſt, eine richterliche Schätzung in gewöhnlicher Form Statt findet.

Ulpian. libro LI. ad Ed. in l. 68. de R. V.

Si vero non potest restituere, si quidem (Hal. et) dolo fecit, quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est.

Idem libro XXXVI. ad Ed. in l. 4. §. 4. de in litem jurando.

Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat: sed aestimationem a judice faciendam.

Marcianus libro IV. Regul. in l. 5. eod.

In actionibus in rem, et ad exhibendum, et in bonae fidei judiciis in litem juratur. — — §. 3. Sed et in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec (Vulg. hoc) enim judex aestimat.

Paullus libro XIII. (Hal. XVIII.) ad Sabinum in l. 71. de R. V.

Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit (Hal. malit), mos ei gerendus est.

Natürlich kann dabei ein ſehr verſchiedenes Reſultat herauskommen, da

[1]) Am allgemeinſten ſagen dies l. 157. §. 1. de R. J.: „semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet“; und l. 131. eod.: „Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur; quia pro possessione dolus est.“

der Kläger sein Interesse viel freier zu bestimmen im Stande ist, als Sachverständige es können, welche an die Marktpreise gebunden sind. Ungeachtet dieses Unterschiedes aber ist in beiden Fällen die Litis Aestimatio für den Verklagten eine wahre Strafe. Denn da er durch Zahlung derselben in Ermangelung des Besitzes kein Eigenthum am Streitobjecte erworben hat [1]), so kann er die Eigenthumsklage gegen den gegenwärtigen Besitzer nicht anstellen, vielmehr behält dieses Recht der Vindicant [2]), welcher durch die Eviction der Sache den frühern Besitzer sogar nöthigt, den Vortheil, welchen er etwa aus der Veräußerung gezogen hat, aufzuwenden, um den Käufer wegen der Eviction schadlos zu halten [3]). Allerdings sah man es aber bei B. F. Negotia als der Billigkeit entsprechend an, daß der Kläger dem Verklagten, ehe dieser die Litis Aestimatio zahlte, seine Klage gegen den wirklichen Besitzer cedirte; Depositar und Commodatar forderten dies, selbst wenn sie sich der Facultas restituendi dolose entschlagen hatten. Und da nun

[1]) Aus diesem Grunde ist es anders im Falle der Contumacia, wo der Verklagte als Besitzer sofort mit der Zahlung der Litis Aestimatio Eigenthümer wird (l. 46. de R. V.).

[2]) Arg. l. 13. §. 14. de H. P.; l. 25. §. 8. eod.; l. 95. §. 9. de solut. Diese Stellen handeln nur vom Dolus präteritus. Es liegt aber kein Grund vor, nach der L. C. anders zu entscheiden.

[3]) Gerade in diesem Falle meinen Einige, der Billigkeit halber die Klage gegen den jetzigen Besitzer ausschließen zu müssen. So Faber: Rational. ad l. 13. §. 14. de H. P.; Hilliger ad Donellum Lib. XIX. c. 12.; Westphal im Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Test. §. 436.; Glück: Comment. Bd. VII. S. 534. Allein der Grund, den man dafür geltend macht, daß der Verklagte sonst doppelt zahlen müsse, schlägt nicht durch, da wir es nicht mit zwei auf denselben Gegenstand gerichteten Entschädigungsklagen zu thun haben, die Grundlagen der Eigenthumsklage aber durch die Leistung des Interesse's an den Eigenthümer nicht aufgehoben sind. Anders ist es allerdings, wenn vor der L. C. der Besitz dolose auf einen Andern übertragen, von diesem aber an den Eigenthümer restituirt ist (l. 13. §. 14. de H. P.; l. 95. §. 9. de solut.); hier kann wegen mangelnden Interesse's gegen den Dolo Desinens possidere nicht mehr geklagt werden. Ribbentrop (Comm. ad l. 16. §. 5. de pign. etc. p. 64. n. 77.) schlägt, um jenen Nachtheil von dem verurtheilten Dolo Desinens possidere abzuwenden, vor, diesem die Vertheidigung des gegenwärtigen Besitzers zu gestatten, und ihn dann mit einer Exceptio Doli gegen den Vindicanten zu schützen. Allein ich halte dies sowenig für zulässig, als er die Cession der Eigenthumsklage zu fordern berechtigt ist.

durch die Clausula de Dolo zwischen Kläger und Verklagtem ein obligatorisches Verhältniß begründet wird, welches den Character eines B. F. Negotium hat, so ist man dasselbe bei der R. V. und H. P. zu erwarten berechtigt. Allein das römische Recht verpflichtet den Vindicanten zur Cession seiner Klage nur dann, wenn der Verklagte aus Nachlässigkeit, nicht auch, wenn er absichtlich zu besitzen aufgehört hat. Um diese scheinbar widersprechenden Entscheidungen zu vereinigen, hat man verschiedene Versuche gemacht. Accursius [1]) und Cujacius [2]) führen dieselben auf den Unterschied zwischen Actiones stricti Juris und Actiones bonâ Fidei zurück, und nehmen an, daß bei jenen, denen sie die arbiträren Klagen wenigstens in dieser Beziehung beizählen, die Berücksichtigung von Retentionen, welche vom Verklagten angesprochen werden, im Officium des Juder nicht liege. Soll aber diese Erklärung nicht sogleich dem Einwande begegnen, daß dann doch auch im Falle des culposen Verlustes keine Cession der Eigenthumsklage gefordert werden könne, so muß man weiter mit Donellus [3]) darauf verweisen, daß es dem Arbitrium boni Viri, welches durch die Formula petitoria dem Juder zugewiesen sei, keineswegs entspreche, den dolose Handelnden zu unterstützen, während dem Depositar und Commodatar aus dem ihrer Verpflichtung zu Grunde liegenden B. F. Negotium schon eine Klage zustehe, und um soviel mehr eine Einrede gegeben werden müsse. Auch diese Modification beruht jedoch auf Voraussetzungen, die in hohem Grade zweifelhaft sind. Wenn nämlich die mit der Doli Clausula versehenen Stipulationen nach gutem Glauben beurtheilt werden, und sogar Klagen erzeugen, in deren Intention der bona Fides Erwähnung geschehen kann, so muß der Juder ohne Weiteres auch jede auf der Billigkeit beruhende Einrede berücksichtigen dürfen [4]). Und entspricht daher

[1]) Glossa ad l. 69. de R. V.

[2]) Cujacius ad l. 63. de R. V. (tom. IV. p. 289.)

[3]) Donellus in Comm. jur. civ. p. 1396.

[4]) Dies läugnet Huschke de actionum formulis, quae in L. Rubria exstant, p. 29.; er nimmt an, die Doli Clausula bewirke nur, daß der Gegenstand der Obligation, nicht daß die Obligation selbst

die Cession der Eigenthumsklage bei dem Commodat und Depositum der Billigkeit, so kann für die Eigenthums- und Erbschaftsklage nichts Anderes gelten. In der That muß also die verschiedene Beurtheilung, welche die römischen Juristen in Beziehung auf Dolus und Culpa eintreten lassen, andere Gründe haben. Ich glaube, daß Mühlenbruch dem richtigen Verständnisse nahe gewesen ist [1]). Vom Besitzer, sagt er, geschehe die arglistige Veräußerung in der Absicht, einem bevorstehenden Rechtsstreite auszuweichen; diese Absicht könne der Depositar und Commodatar nicht haben, da er immer der Contractsklage ausgesetzt bleibe; Strafbestimmungen, welche gegen den gerichtet seien, „qui dolo desiit possidere", dürften deshalb auf ihn nicht angewandt werden. Seine Meinung geht also dahin, daß wer culpose den Besitz verliere, den Strafbestimmungen des prätorischen Edictes nicht verfalle, und darum dem Vindicanten nur den erlittenen Schaden zu ersetzen, nicht auch eine Strafe zu zahlen verpflichtet sei. In der That wird hierdurch allein eine befriedigende Erklärung gegeben; nur bleibt dieselbe insofern noch mangelhaft, als sie sich auf den Dolus präteritus beschränkt, während doch gerade vor der L. C. von keinem Besitzer mit Ausnahme des unredlichen Besitzers einer Erbschaftssache für Culpa gehaftet wird. Zwar war das Edict des Prätor, welches die „judicii mutandi causa" geschehene Veräußerung einer Strafe unterwarf, auf die Zeit nach der L. C. nicht anwendbar. Bedenken wir aber, daß dies seinen Grund eben nur in dem Mangel eines Bedürfnisses hatte, indem bei dinglichen Klagen von jeher der zum Besitzer Constituirte für seinen Dolus einstand, so wird es erklärlich, wie man doch auch während des Processes, obschon auf einer andern Grundlage, das arglistige Aufgeben des Besitzes ganz so streng beurtheilen konnte, wie vor-

---

nach gutem Glauben beurtheilt werde, oder was dasselbe, daß die Bona Fides nur dem Gläubiger, nicht auch dem Schuldner zu Gute komme. Gegen diese Subtilität erklärt sich aber gewiß mit Recht Savigny: System Bd. V. S. 496. N. d., unter Berufung auf l. 31. de receptis und l. 3. C. eod.

[1]) Mühlenbruch: Lehre von der Cession der Forderungen S. 411.

her. Man leitete die Haftung für daſſelbe aus der Clauſula de Dolo ab, betrachtete aber die Litis Aeſtimatio nicht als bloßen Schadenserſatz, ſondern als eine Conventionalſtrafe; man nahm an, daß die delictartige Haftung, welche ohne jene Clauſel nach der L. C. fortgedauert haben würde, in die Clauſel aufgenommen ſei, weil es unbillig ſchien, daß in einem ſolchen Falle dem Verklagten die zugeſagte bona Fides zu Gute komme. So bildete ſich ein Gegenſatz zwiſchen Dolus und Culpa, und das, was bei einer einfachen Berückſichtigung der bona Fides für beide hätte gelten müſſen, wandte man nur auf die letztere an. Den Geſichtspunct einer Strafe nun, welche den wirklichen Dolus treffen ſoll, heben ſehr nachdrücklich folgende Stellen hervor.

Paullus libro XIII. (Hal. XVIII.) ad Sabinum in l. 69. de R. V.

Is, qui dolo fecit, quominus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas ejus rei nomine habet, se ei praestiturum.

Pomponius libro XXIX. (Hal. XXVIII.) ad Sabinum in l. 70. eod.

Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo [1]) pretio comparare.

Beide Stellen ergänzen ſich gegenſeitig. Während Pomponius den Verklagten eines Vergehens zeihet, welches darin beſtehe, daß er dem Vindicanten ſein Eigenthum argliſtig zu entziehen ſtrebe (per rapinam), nennt Paullus die Nachtheile, die daran geknüpft ſind, geradezu eine Strafe, und folgert daraus, daß die Ceſſion der Klagen nicht zuläſſig ſei [2]). Ueber dieſen Inhalt hinaus ſind nun aber vorliegende Fragmente für den culpoſen Verluſt des Beſitzes von dem weſentlichſten

[1]) Hal. „injusto." Die von Gebauer vorgenommene Vergleichung zeigt aber ein bedeutendes Uebergewicht für die Flor.

[2]) Wenn auch von einer Strafe des Contumax die Rede iſt, der doch durch die Zahlung der Litis Aeſtimation Eigenthümer des Streitobjectes wird, ſo iſt dabei immer an das Juramentum in Litem gedacht. L. 2. §. 1.; l. 8. de in litem jurando.

Intereſſe; denn die Vortheile, welche ſie dem Dolus abſprechen, ſind eben ſolche, welche der Culpa zu Gute kommen. Da fällt es nun in der erſten Stelle auf, daß ſtatt der Ceſſion der Klagen einer Caution des Klägers Erwähnung gethan wird, durch die er ſeine Klagen zu cediren verſpricht. Mit dieſer Caution hat es eine ähnliche Bewandtniß, wie mit der Cautio de Dolo. Wie durch dieſe der Kläger wegen jedes vielleicht begangenen Unrechts des Verklagten ſicher geſtellt werden ſoll, ſo dient jene Caution dazu, dem Verurtheilten diejenigen Klagen zu ſichern, welche bis dahin ihm noch unbekannt oder noch gar nicht entſtanden ſind, ſofern er ihrer bedarf, um den Beſitz des Streitobjectes zu erwerben. Denn die dinglichen Klagen können nur als „actiones natae“ cedirt werden, alſo nur gegen einen beſtimmten Beſitzer. Hätte dieſer alſo nach der Ceſſion weiter veräußert, ſo würde der Verurtheilte ohne Caution völlig hülflos geweſen ſein. Doch gewährte man in einem ſolchen Falle eine utilis Actio, welche als ſolche Pomponius eine „quasi Publiciana actio“ nennt [1]). Daß aber der Beſitz es iſt, welcher jene Caution oder neben der Ceſſion die Verleihung von utiles Actiones nothwendig macht, beweiſt Papinian in folgender Stelle.

Papinian. libro XII. Quaest. in l. 63. de R. V.

Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a judice, si desideret, ut adversarius actione sua [2]) cedat: cum (Vulg. ut) tamen Prae-

[1]) Gegen die Annahme, die vom Prätor gegebene Klage ſei die „Publiciana actio“, wehrt ſich Mühlenbruch: Ceſſion S. 473. N. 542. Hierin hat er inſofern Recht, als die von ihm angeführten Juriſten die Klage auf den Uſucapionsbeſitz des Verklagten gründen wollen. Nur darf man nicht ſo weit gehen, daß man den Namen ganz verbannt. Denn Aehnlichkeit haben in der That die Vorausſetzungen beider Klagen; beide beruhen auf einem Kaufe, nur daß deſſen Gegenſtand das eine Mal eine Sache, daß andere Mal eine Klage iſt. Pomponius redet daher im letzten Falle auch nur von einer „quasi Publiciana actio.“ Merkwürdig genug iſt übrigens, daß Mühlenbruch a. a. O. ebenſo wie Cujac. Obss. X. 6. und ad l. 63. de R. V., Voët ad tit. de R. V. nro. 32., Weſtphal: Syſtem über die Arten der Sachen §. 537., dieſe Klage nur dem B. F. Poſſeſſor gibt.

[2]) Hal. „actiones suas“; dagegen ſprechen die Basil. XV. 1. 62., welche den

tor (Vulg. ins. ei) auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente nulla captione adficietur.

Es lag dem Juriſten die Frage vor, ob der wegen ſeiner Culpa zu verurtheilende Beſitzer Ceſſion der Eigenthumsklage verlangen könne. Dieſe Frage bejaht er, bemerkt aber, der dadurch gewährte Schutz reiche nicht aus, weil ein Dritter in den Beſitz des Streitobjectes kommen könne; deshalb verleihe der Prätor gegen jeden Beſitzer ſeine Hülfe, und ſichere dadurch den Verurtheilten vor Schaden. Wie es ſcheint, kennt Papinian die ohne Zweifel vortheilhaftere Caution noch nicht, während ſie Paullus nochmals jedoch in anderer Form erwähnt, und der Beachtung empfiehlt.

Paullus libro XVII. ad Plautium in l. 47. de R. V.

Haec si res praesens sit: si (Hal. ins. vero) absens, tunc, cum possessionem ejus possessor nactus sit, ex voluntate actoris: et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a judice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri.

Paullus hat in der vorausgegangenen Stelle anerkannt, daß der Contumax Eigenthum am Streitobjecte durch Zahlung der Litis Aeſtimatio erwerbe; hier ſtellt er die Bedingungen feſt, unter denen ein ſolcher Erwerb ſeitens deſſen Statt findet, welcher den Beſitz des Streitobjectes verloren hat. Daß er dabei an die Culpa, nicht an den Dolus des Verklagten denkt, ergibt ſich aus der Art der Schätzung, welche als von dem Juder ausgehend bezeichnet wird [1]). Er nimmt nur in dem Falle einen Erwerb des Eigenthums an, wenn der Verurtheilte den Beſitz mit dem Willen des Klägers, d. h. mit einer cedirten Klage erworben hat, und hält es für angemeſſen, dieſes Reſultat dadurch zu ſichern, daß vor der Verurtheilung vom Kläger durch eine Caution ver-

Singular haben. Der Plural findet ſich übrigens in l. 21. de R. V. Man müßte bei der Mehrheit an Delictsklagen denken, welche dem Eigenthümer zuſtehen.

[1]) Vergl. Vangerow: Leitfaden Bd. I. S. 578.; auch Ribbentrop: Comm. ad l. 16. §. 5. de pign. p. 64. n. 77. i. f.

ſprochen werde, an ihm ſolle es nicht liegen, wenn dem Verklagten das Streitobject nicht zu Handen komme. Eine andere Caution als die oben erwähnte iſt dies nicht; ſie bedient ſich nur eines negativen Ausdrucks ſtatt des dort gebrauchten poſitiven, welcher unmittelbar auf die Gewährung der zum Beſitzerwerbe nöthigen Mittel, d. i. der Klagen geſtellt iſt. Vielleicht hat ſie aber doch in einer Beziehung einen weitern Inhalt, als jene. Iſt nämlich der frühere Kläger nach der Hand ſelbſt in den Beſitz des Streitobjectes gekommen, ſo kann er natürlich auf Ceſſion der Eigenthumsklage nicht belangt werden, da eine ſolche gar nicht begründet iſt. Hier alſo ließ die auf Ceſſion geſtellte Caution im Stiche, während die andere ausreichte, welche eben ſo wohl die Ceſſion der Klagen, als die Tradition des Streitobjectes umfaßte. Uebrigens wurde auch vom Prätor gegen den Eigenthümer eine Klage auf Herausgabe der Sache verliehen, welche weder durch Berufung auf das Eigenthum, noch durch das Erbieten zur Reſtitution der Aeſtimation elidirt werden konnte [1]).

So ſtellen ſich alſo ſehr bedeutende Unterſchiede in der rechtlichen Beurtheilung des Dolus und der Culpa heraus. Iſt durch die Culpa des Verklagten die Reſtitution unmöglich geworden, ſo wird das Intereſſe des Vindicanten in gewöhnlicher Weiſe vom Richter geſchätzt, jedoch die Eigenthumsklage auf den Verklagten übertragen. Wegen des Dolus dagegen findet das Juramentum in Litem, und keine Ceſſion der Klagen Statt, vielmehr hat der Vindicant das Recht, auch gegen den gegenwärtigen Beſitzer aufzutreten, wenn dieſer nicht die Vertheidigung des „dolo desinens possidere“ übernommen hat [2]). Eine Modification können jedoch dieſe Grundſätze dadurch erhalten, daß der Verklagte nach der L. C. uſucapirt hat. Dieſen Fall zieht Paullus mit in eine Betrachtung, welche als eine Zuſammenſtellung

[1]) Papin. in l. 63. de R. V.: „Ipso quoque, qui litis aestimationem percepit, possidente, debet adjuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere.“

[2]) L. 13. §. 14. de H. P.

der im Falle des Beſitzverluſtes geltenden Grundſätze angeſehen werden kann.

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 21. de R. V.

Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit: nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor: ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus ejus temporis, quo possedit, praestet: quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus (Hal. nihilominus; Vulg. comminus[1])) enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat, nec iniquum id esse, Pomponius libro XXXIX. (Vulg. XXX.) ad Edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit: ut tamen si usu eum non capit, actor ei actionibus suis cedat. Julianus autem, in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur (Hal. cogatur) cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nanctus fuerit, ut eam restituat. Idque Pomponius libro XXXIV. (Hal. XXIV.; Vulg. XIV.) variarum lectionum probat, quod verius est.

Ulpian. libro XVI. ad Ed. in l. 22. eod.

Quodsi dolo possessoris fugerit, damnandum eum, quasi possideret.

Nehmen wir dieſe Stelle Ulpian's hinzu, ſo laſſen ſich drei Fälle unterſcheiden.

Erſtens. War der vindicirte Sclav von ſolchem Character, daß er nicht bewacht zu werden brauchte, und er wird dennoch flüchtig, ſo

[1]) Die Lesart der Vulg. zieht Cujacius ad h. l. (tom. V.) und Obss. XI. 39. vor; er überſetzt comminus durch statim, sine cessione. Eine Abweichung im Sinne kommt jedoch bei den Lesarten der Hal. und Vulg. nicht heraus. Nur die Lesart der Florentina iſt ganz ſinnlos.

ist der Verklagte außer Schuld, und deshalb vor vollendeter Usucapion zur Restitution des Sclaven gewiß nicht anzuhalten. Da aber die Flucht nur die Restitution, nicht auch die Vollendung der Usucapion hindert, indem der flüchtige Sclav sich selbst für den Verklagten besitzt, so konnte ein Zweifel entstehen, ob nicht dem Vindicanten dieserhalb Sicherung zu geben sei. Pomponius hatte dies in seinem Commentare zum Edicte verneint; Julian aber hielt für billig, daß der Verklagte zwar nicht die Verfolgung, wie man zufolge der von ihm zu prästirenden Sorgfalt annehmen konnte, wohl aber die Restitution des in seinen Besitz zurückgekehrten Sclaven durch Caution verspreche. Und dieser Ansicht trat Pomponius in einer andern seiner Schriften bei. Hatte der Verklagte den Sclaven bereits usucapirt, so mußte er dem Vindicanten seine Klagen cediren.

Zweitens. Dem Character des Sclaven war nicht zu trauen, und darum seine Bewachung erforderlich. Hier wird im Falle der Flucht der Verklagte wegen seiner Nachlässigkeit verurtheilt, ihm jedoch vor vollendeter Usucapion die Eigenthumsklage cedirt. Nachher bedarf es der Cession nicht.

Drittens. Hat der Verklagte selbst den Sclaven zur Flucht verleitet, so wird er verurtheilt, als ob er besäße.

Fortsetzung.

§. 30.

Zum Schlusse sind noch einige Fälle zu erwähnen, in denen die Veräußerung des Streitobjectes während des Processes ganz ohne Nachtheil ist, in denen der Besitzer entweder gar Nichts, oder nur seine Bereicherung an den Kläger zu restituiren braucht.

Erster Fall. Wird der Besitzer einer Sache von Zweien belangt, entweder mit derselben dinglichen Klage, oder von Einem mit einer dinglichen, von dem Andern mit einer Noxalklage, so scheint das für ihn nachtheilige Resultat eintreten zu können, daß er Beiden unterliege,

und nachdem er dem Einen die Sache reſtituirt, dem Andern als „dolo desinens possidere“ zur Litis Aeſtimatio verurtheilt werde. Wie nun dieſe Gefahr von dem Beſitzer abgewandt, und doch die aus der Clauſula de Dolo dem ſpätern Vindicanten gegenüber entſtandene Verbindlichkeit eingehalten werden könne, zeigen folgende Stellen.

Neratius libro VII. Membranarum in l. 57. de II. P.

Cum idem eandem hereditatem adversus duos defendit, et secundum alterum ex his judicatum est, quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si adversus alium defensa non esset: ut scilicet, si mox et secundum alium fuerit judicatum, absolvatur is, cum quo actum est, quia neque possideret, neque dolo malo fecerit, quo minus possideret, quod judicio revictus (Vulg. victus) restituerit: an quia possit et secundum alium judicari, non aliter restituere debeat, quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem rem defendit? Sed melius est officio judicis, cautione vel satisdatione victo mederi: cum et res salva sit ei, qui in exsecutione tardior venit (Vulg. venerat) adversus priorem victorem [1]).

Paullus libro III. Epitomarum Alfeni Digestorum in l. 58. de R. V.

A quo servus petebatur, et ejusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quaerebat (Hal. quaerebatur), si utroque judicio condemnatus esset, quid se facere oporteret, si prius servus ab eo evictus esset? Respondit, non oportere judicem cogere, ut eum traderet, nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine judicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte praestari. — Sed si prius de furto judicium accepisset, et hominem noxae dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem judicium factum esset, non debere ob eam rem judicem,

[1]) Ganz ähnlichen Inhalts iſt l. 57. de R. V., eine Stelle des Alfenus, an welche ſich die des Paullus anſchließt. Beide ſtimmen namentlich in der Bezeichnung des Inhalts der Cautionen überein. Die l. 57. cit. iſt oben S. 109. abgedruckt.

quod hominem non traderet, litem aestimare: quoniam nihil ejus culpa, neque dolo contigisset, quo minus hominem traderet.

Ob die Reſtitution des Beſitzes, wenn ſie auf Befehl des Richters geſchehen, doch als eine doloſe Veräußerung anzuſehen ſei, wie wir vorläufig angenommen haben, ſcheint in vorliegenden Stellen bezweifelt, ja in der des Paullus geradezu geläugnet zu werden. Auf die Frage nämlich, wie es ſich verhalte, wenn zuerſt auf die Noxalklage erkannt, und demzufolge der ſtreitige Sclav Noxä dedirt, dann aber in einem andern Proceſſe das Eigenthum des Vindicanten anerkannt worden ſei, gab nach dem Berichte des Paullus Alfenus die Entſcheidung, der Beſitzer brauche die Litis Aeſtimatio nicht zu zahlen, da er weder doloſe noch culpoſe zu beſitzen aufgehört habe. In der That kann es denn hier auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Verluſt des Beſitzes wahrhaft als durch Zufall herbeigeführt zu betrachten ſei. Denn er iſt zufolge eines dem Sclaven anklebenden Mangels erfolgt, den zu vertreten der Verklagte durch die Clauſula de Dolo keineswegs übernommen hat, der vielmehr gerade den als Eigenthümer anerkannten Vindicanten treffen muß. Anders aber iſt es, wenn der Beſitzer mit zweien dinglichen Klagen belangt wird. Hier iſt er zunächſt einem jeden Vindicanten gegenüber zur Bewahrung des Streitobjectes verpflichtet; gibt er daſſelbe alſo an den, welcher zuerſt ſiegt, heraus, und der andere beweiſt nach der Hand gleichfalls ſein Eigenthum, ſo iſt jedenfalls das Eigenthum einmal ohne gehörigen Grund anerkannt, und daher die geſchehene Reſtitution gewiß nicht ohne Weiteres als nichtverſchuldeter Beſitzverluſt anzuſehen. In welche Lage würde auch der mit ſeiner Klage etwas zu ſpät eingetroffene Vindicant durch die Zurückweiſung verſetzt werden? Trotz des beſten Rechtes würde er gegen den in den Beſitz des Streitobjectes gekommenen Sieger mit einer neuen Klage nicht durchdringen können, da ihm dieſer aus der Perſon ſeines Auctor, des frühern Beſitzers und Verklagten immer eine Exceptio Rei Judicatä würde entgegenſetzen können. Man blieb daher bei der Haftung des

Verklagten für die auf den Grund des richterlichen Urtheils geschehene Restitution stehen, und ließ ihm vielmehr vom ersten Sieger vor der Restitution wegen Schadloshaltung oder Defension Caution leisten. Denn nunmehr war der Verklagte sowohl, als der im Processe noch fortfahrende Vindicant hinlänglich gesichert. Und auch der Sieger konnte keinen Schaden leiden, da die Indemnisation des Verklagten durch gehörige Benutzung der Ersterm zu Gebote stehenden Vertheidigungs- und Beweismittel bedingt war. Als besonders zweckmäßig mußte sich aber die Uebernahme der Vertheidigung seitens des Siegers herausstellen, weil nun diejenigen einander gegenübergestellt wurden, welche allein noch ein Interesse am Processe hatten [1]). Mit denselben Cautionen half man, wenn die nachfolgende Klage eine Noxalklage war.

Zweiter Fall. Wenn vom redlichen Besitzer ein streitiger Sclav nach der L. C. verkauft, und vom Käufer getödtet wird, so ist an sich der Verklagte von jeder Haftung frei, da diese doch nicht weiter reichen kann, als wenn er noch besäße. Denn wäre ein Gleiches eingetreten, so lange sich der Verklagte noch im Besitze befand, so mußte ohne Zweifel der von ihm nicht verschuldete, also zufällige Tod des Sclaven seine Restitutionspflicht aufheben, weil ihm eine Mora nicht zur Last fiel. Dennoch soll der Verklagte wenigstens das in seinen Händen befindliche Pretium herausgeben.

Ulpian. libro XVI. ad Ed. in l. 17. pr. de R. V.

Julianus libro sexto Dig. scribit: Si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero, eumque emptor occiderit: aequum esse, me pretium Maevio restituere.

Mit dieser Entscheidung verhält es sich nun so. Ich habe oben zu zeigen gesucht, daß die Lage des Verklagten nach der L. C. die eines Negotiorum Gestor sei, indem ihn wie einen solchen die Clausula de Dolo dem Kläger gegenüber zu jeder Sorgfalt verpflichte. Diese Verpflich-

[1]) Heise und Cropp: Jurist. Abhandlungen, Bd. I. Abh. 14. §. 8.

tung ist nun zwar durch die Veräußerung verfallen, aber auch durch den nachherigen zufälligen Untergang wieder aufgehoben. Nur die in dem Kaufpreise bestehende Bereicherung muß der Verklagte als Gestor jedenfalls herausgeben: „lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coeperit, facere non debet.“ Anders wird demnach entschieden werden müssen, wenn die Veräußerung nach eingetretener Mora geschehen, und dann der Streitgegenstand untergegangen ist. Hier ist ohne Rücksicht auf ein Lucrum, also einerlei, ob verkauft oder derelinquirt worden ist, der Werth der Sache zu ersetzen. So erklärt sich eine Entscheidung Ulpian's im folgenden Paragraphen, wo zu den eben mitgetheilten Umständen hinzugefügt wird, daß der streitige Sclav während des Processes usucapirt, und nach seiner Entweichung von einem Dritten getödtet worden ist[1]). Der Kläger soll alsdann die Wahl haben, vom Verklagten entweder die Cession der Actio ex Lege Aquilia, d. i. seine Bereicherung, oder den Werth des Sclaven auf den Grund seiner Mora zu fordern.

Diese Verhältnisse erinnern übrigens auffallend an ähnliche bei der H. P. vor dem Beginne des Streites vorkommende, was nicht Wunder nehmen kann, da der Gesichtspunct der Geschäftsführung das Verhältniß des Besitzers zu der Erbschaft überhaupt durchdringt, und namentlich den unredlichen Besitzer in derselben Weise verpflichtet, wie es der Verklagte nach der L. C. ist[2]).

Eines dritten Falles, der besonders die H. P. angeht, ist schon bei Gelegenheit der Frage Erwähnung gethan, welche Rechte sich an die Stellung von Prädes Litis Vindiciarum knüpfen. Dort fanden wir, der Besitzer dürfe in dem Umfange Veräußerungen vornehmen

---

[1]) Mit Hinweglassung der Nebenfragen lautet die Stelle (l. 17. §. 1. de R.V.) so: Si moram fecerit in homine reddendo possessor, — — quodsi dolo malo — desierit possidere, et aliquis hominem injuria occiderit, aut pretium hominis, aut actiones suas praestare cogetur, utrum eorum voluerit actor. — — Sed quod dicit de actione legis Aquiliae, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, quia plenum jus incipit habere.

[2]) L. 20. §. 21.; l. 33. §. 1. i. f.; l. 36. §. 3. de H. P.

und Klagen anſtellen, als es die ihm obliegende Pflicht der Erhaltung der Erbſchaft erheiſche. Dieſes Recht war durch ein Reſcript von D. Pius auf die Zeit vor Beginn des Erbſchaftsſtreites angewandt, wenn gegen Stellung von Bürgen eine proviſoriſche Verleihung des Beſitzes Statt gefunden hatte, und durch das prätoriſche Edict auf die gegen Cautio Judicatum ſolvi dem verklagten Beſitzer während des Proceſſes überlaſſene Verwaltung der ſtreitigen Erbſchaft übertragen worden; hier ſollte jedoch im ſpätern Rechte die Veräußerung nur nach vorgängiger Cauſá Cognitio geſchehen [1]). So war nun die Veräußerung gerechtfertigt bei leicht verderblichen Sachen, bei Sclaven, welche der Erbſchaft unnütz ſind, während ſie einen koſtſpieligen Unterhalt verlangen, bei Früchten, deren Beſtimmung es doch auch nicht ſein kann, ohne Verwendung aufgehäuft zu werden. Oder auch, wenn baares Geld erforderlich war, um die Leichenkoſten zu beſtreiten, um drückende Erbſchaftsſchulden zu bezahlen, um das Geſinde zu ernähren [2]). In ſolchen Fällen würde es dem Erben ſelbſt höchſt nachtheilig geweſen ſein, wenn man dem Beſitzer die Veräußerung, welche an ſich in der „custodia rerum“ nicht liegt, gänzlich hätte unterſagen wollen. Und dennoch würde dies jedenfalls das Reſultat einer Haftung ſein, welche ſich mit dem einfachen Pretium nicht begnügte, ſondern die durch ein Juramentum zu beſtimmende Litis Aeſtimatio verlangte. Hier geſtattete man daher die Veräußerung, und machte ſie eben damit dem Beſitzer zur Pflicht. Und ſo erklärt es ſich, wie die Zahlung des Preiſes von Sachen, welche die Erbſchaft beſchwerten, zwar inſofern es ſich um Abwendung des Juramentum in Litem handelt, als ein Recht des Verklagten, zugleich aber als ein Recht des Klägers hingeſtellt wird, wenn es in deſſen Intereſſe lag, daß durch den Verkauf von der Erbſchaft ein Nachtheil abgewendet werde.

[1]) L. 5. pr. de H. P. (S. oben S. 27. N. 2.) Es iſt nicht zu überſehen, daß die hier erwähnte Cauſá Cognitio ſonſt nirgends vorkommt. Ich nehme daher an, daß ſie in das Reſcript des Kaiſers erſt durch die Compilatoren aufgenommen ſei; denn man ſieht nicht ein, wie ſie in das alte Verfahren eingereiht werden könne.

[2]) L. 5. pr.; l. 20. §. 2.; §. 12.; §. 16.; l. 53. de H. P.

Ulpian. libro XV. ad Ed. in l. 20. §. 2. de H. P.

Simili modo, etsi fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitionem venire. Quodsi aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium.

Paullus libro X. ad Sabinum in l. 53. eod.

Non solum ad aes alienum hereditarium exsolvendum necessaria alienatio possessori est, sed et si impensae necessariae in rem hereditariam factae sunt a possessore, vel si mora periturae deterioresve futurae erant.

In dieſen Stellen, welche ſich übrigens keineswegs auf die Zeit nach begonnenem Proceſſe beſchränken, iſt hervorgehoben, daß ſich der Verklagte durch das Pretium von der Leiſtung der veräußerten Gegenſtände und wo ihm dieſe unmöglich wäre, vom Erſatze des durch des Klägers Eid zu ſchätzenden Intereſſe frei mache. Aber ſchon Paullus deutet an, daß dieſe Befreiung den Vortheil des Klägers bezwecke, wie beſtimmter Ulpian in folgenden Stellen ausſpricht.

Ulpian. libro XV. ad Ed. in l. 33. §. 1. de H. P.

Julianus scribit, si hominem possessor distraxit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestiturum. Imputaretur enim ei, si non distraxisset.

Idem eod. in l. 20. §. 16. eod.

Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? hic ipsae res venient fructusque earum. Sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant, vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio, fortassis possit petitor eligere, ut sibi pretia et usurae praestentur.

Die letzte dieſer Stellen iſt ſehr häufig mißverſtanden worden. Man hat geglaubt, ſie räume dem Kläger die freie Wahl zwiſchen der veräußerten Sache und dem Preiſe ein, wie ihm dieſelbe in der That zuſteht, wenn ohne Noth die Veräußerung geſchehen iſt. Eben deshalb beſchränkt man ſie auf den unredlichen Beſitzer. Allein man bedenkt

nicht, daß die Verhältniſſe, unter denen die Veräußerung vorgenommen iſt, zu dieſem Wahlrechte durchaus nicht paſſen, daß der Erbe, wenn dieſelbe nicht vorgenommen wäre, einen Nachtheil erlitten haben würde. Hat alſo nur der Beſitzer mit der nöthigen Vorſicht gehandelt, ſo liegt es ohne Zweifel im Intereſſe des Erben, daß er das Pretium ſtatt der Sache wähle, und dies, nichts Anderes will Ulpian mit den Worten ſagen: fortassis possit eligere actor, ut sibi pretia et usurae praestentur. Dagegen braucht ſich allerdings der Kläger nur mit dem wahren Werthe zu begnügen und einen ſchlechten Preis nicht anzunehmen. Denn hat der Beſitzer in der Abſchließung des Kaufes irgend etwas verſehen, ſo trifft ihn der Nachtheil ſeiner Sorgloſigkeit; er muß das Fehlende zulegen. Die Zulaſſung des Juramentum in Litem aber iſt ſelbſt dann nicht motivirt; denn wenn er nur glaubte, es gut zu machen, alſo nicht in Dolo war, kommt er mit einer einfachen Schätzung des Intereſſe's davon [1]).

Daß nun auch bei der R. V., obſchon ſeltener, die Veräußerung

---

[1]) Aehnlichen Inhalts iſt l. 20. §. 12. eod., nur daß dieſe Stelle von Veräußerungen vor der L. C. handelt. In einem Reſcripte der Kaiſer Severus und Antoninus (l. 1. C. de his, quibus ut indignis) war der Indignus einem unredlichen Beſitzer zwar gleichgeſtellt, dennoch aber beſtimmt worden, daß er von dem aus dem Verkaufe von Erbſchaftsſachen gelöſten Gelde Zinſen zahlen ſolle. Nun haftet aber der unredliche Beſitzer im Falle der Veräußerung für die Sache ſelbſt; wie kommen alſo die Kaiſer zu der Vorausſetzung, daß der Kaufpreis Gegenſtand ſeiner Verpflichtung ſei. Um dieſe Entſcheidung zu rechtfertigen, nimmt Ulpian an, es handle ſich um Sachen, „quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem, quam fructui erant", oder aber es ſolle dem Kläger die Wahl zwiſchen dem Preiſe nebſt Zinſen und der Sache nebſt den Früchten gegeben werden. Von beiden Verſuchen wird keinem der Vorzug gegeben. Dies iſt der Sinn der Stelle, wenn man mit Weſtphal im Comm. über die Geſetze von Vorlegung und Eröffnung der Teſt. §. 422. für „ut sit in arbitrio petitoris" lieſt „aut si in arbitrio petitoris." — Paullus R. S. I. 13. b. §. 2. („Possessor hereditatis pretia earum rerum, quas dolo alienavit, cum usuris praestare cogendus est") gehört nicht hierher, wie aus dem folgenden §. 3. erhellt, wo dem Kläger für den Fall doloſer Veräußerung das Juramentum in Litem gegeben wird: „Rerum ex hereditate alienatarum aestimatio in arbitrio petitoris consistit." Auch l. 48. de H. P. iſt meines Erachtens von doloſen Veräußerungen zu verſtehen.

des Streitobjectes oder der Früchte vorkommen könne, ist bereits bemerkt worden [1]). Der einzige Rechtfertigungsgrund, der sich hier denken läßt, möchte die Gefahr des Verderbens, wegen der Accessionen auch wohl das Bedürfniß von Verwendungen auf die streitige Sache sein. Namentlich also consumtibele Gegenstände, Oel [2]), Bier, frische Früchte wird der Verklagte ohne Gefahr veräußern dürfen.

Fortsetzung (Deterioration).

§. 31.

Ich habe zu zeigen gesucht, daß die Pflicht des Verklagten zur Restitution des Streitobjectes dem Vindicanten keine Sicherheit gegen die Deteriorationen gewähre, welche während des Processes möglich sind, da die Sache verschlechtert restituiren, doch noch immer restituiren heiße. Es besteht also das Bedürfniß, dieserhalb für den Verklagten besondere Verpflichtungen zu begründen, Verpflichtungen, welche im alten Processe nach dem ausdrücklichen Berichte des Asconius von den Prädes Litis Vindiciarum getragen wurden [3]), und späterhin in die Clausula de Dolo übergegangen sind. Daß diese es ist, in welcher die Haftung des Besitzers für jede durch seine Arglist oder Nachlässigkeit eingetretene Verschlechterung liegt, ergibt sich ohne Weiteres aus den für die böswliche Vernichtung in einem frühern Paragraphen beigebrachten Beweisen. Denn unmöglich kann es im Principe einen Unterschied machen, ob der Streitgegenstand ganz oder nur zum Theil vernichtet wird; was vom Ganzen gilt, muß auch vom Theile gelten. Ja bei Erbschaften wird Beides geradezu zusammenfallen, da die Vernichtung einer Erbschaftssache immer nur die eines Theiles der Erbschaft ist. So sind es denn nun auch nicht etwa nur positive Einwirkungen, welche den Besitzer zum Ersatze verpflichten, vielmehr der Mangel derjenigen Sorgfalt, welche, an sich nur in den B. F. Negotia liegend,

[1]) S. 27., wo l. 15. pr. de R. V. angeführt ist.

[2]) Arg. l. 9. §. 3. de dolo malo.

[3]) Asconius ad Cic. in Verr. II. 1. 45.

durch die Clauſula de Dolo beſonders übernommen worden iſt. Denn der Beſitzer haftet auch für ſolche Verſchlechterungen, welche durch Culpa in non faciendo bewirkt ſind.

Julianus libro VI. Dig. in l. 54. §. 2. de H. P.

Cum praedia urbana et rustica negligentia possessorum pejora sint facta, veluti quia vineae, pomaria horti extra consuetudinem patrisfamilias defuncti culta sunt, litis aestimationem earum rerum quanto pejores sint factae, possessores pati debent.

Ulpian. libro XV. ad Ed. in l. 31. §. 3. eod.

Sicut autem sumptum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est, ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est.

Nach der letzten dieſer Stellen fällt es dem Beſitzer zur Laſt, wenn er den zur Erhaltung des Streitobjectes nöthigen Aufwand nicht macht, und zwar nach der L. C. redlichem wie unredlichem Beſitzer, vorher nur dem unredlichen; hier alſo haben wir offenbar eine negative Culpa. Ebenſo ſieht aber die andere Stelle eine Negligentia des Beſitzers darin, daß er Häuſer und Aecker nicht in Bau und Beſſerung hält, und bezeichnet in dieſer Beziehung den hergebrachten Zuſtand der Grundſtücke, d. i. bei Erbſchaftsſachen die Cultur des Erblaſſers, als den Maaßſtab ſeiner Verpflichtungen. Eben dadurch ſtellt ſie dieſelben denen des Uſufructuars gleich, welcher ja auch die ihm zum Nießbrauche überlaſſenen Gegenſtände vor Verſchlechterungen wahren muß, und ſogar nur in dem Maaße nutzen darf, in welchem es der Paterfamilias (d. i. der Beſteller des Rechtes) zu thun pflegte. Und da nun der Uſufructuar zu dieſer Haftung durch eine Clauſula de Dolo verpflichtet wird [1]),

[1]) L. 5. usufruct. quemadm. caveat: „Huic stipulationi dolum malum abesse abfuturumque esse continetur.“ Hiermit iſt zu vergl. l. 13. §. 1. de usufr., wo die Präſtation der negativen Culpa auf die „cautio, se boni viri arbitratu usu-

ſo liegt hierin kein geringer Beweis für die Begründung, welche wir den gleichen Obliegenheiten des Beſitzers gegeben haben.

Nun beſteht aber doch zwiſchen poſitiver und negativer Schuld des Beſitzers der Unterſchied, daß letztere nur in dem Eigenthums- und Erbſchaftsproceſſe zur Sprache kommen, erſtere dagegen auch mit einer ſelbſtändigen Delictsklage verfolgt werden kann. Iſt alſo z. B. der ſtreitige Sclav verwundet, ſo hat der Eigenthümer die Actio ex Lege Aquilia, iſt er geſchlagen, die Actio Injuriarum.

Ulpian. libro XVI. ad Ed. in l. 13. de R. V.

Non solum autem rem restitui (Hal. addit jubebit), verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui, utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus: quanquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit. Unde quaeritur, an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum: quae sententia vera est.

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 14. eod.

Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed ut duplum consequatur.

Ulpian. libro XVI. ad Ed. in l. 15. pr. eod.

Item si verberatum tradidit, Labeo ait, etiam injuriarum competere actionem petitori.

In dieſen Fällen hat alſo der Vindicant zwiſchen zweien Mitteln, ſich ſchadlos zu halten, die Wahl. Zieht er die Delictsklage vor, ſo wird nach Reſtitution des Streitobjectes der Beſitzer abſolvirt; läßt er den Beſitzer in dem Eigenthumsproceſſe wegen des Delicts verurtheilen, ſo

---

rum fruiturum", oder was daſſelbe iſt, „dolum malum abesse abfuturumque" zurückgeführt wird.

darf er zum Verzicht auf die Delictsklage angehalten werden. Hierbei ist nun aber zweierlei auffallend: erstens, daß es eines Verzichtes bedarf, um die Delictsklage zu beseitigen, sodann daß Ulpian sich so ausdrückt, als ob dieser Verzicht die ganze Klage umfasse, auch wenn sie einen höhern Ertrag geben sollte, als die bei der dinglichen Klage vorgenommene Schätzung. In beiden Beziehungen nämlich gelten bei der solidarischen Concurrenz mehrerer Obligationen andere Grundsätze. Weil diese auf denselben Gegenstand, d. i. auf Schadenersatz gerichtet sind, und doch eine ganz selbständige Existenz haben, so geht die eine zwar nicht schon, wenn aus der andern L. C. oder Urtheil, wohl aber wenn aus ihr Zahlung erfolgt ist, unter. Die Zahlung der einen ist auch Zahlung der andern, soweit deren Gegenstand nicht umfassender ist; das Mehr aber bleibt bestehen, und kann mithin noch immer eingeklagt werden [1]). In einem solchen Verhältnisse scheinen nun auch der aus der Clausula de Dolo hervorgehende Anspruch und jene Delictsklagen zu stehen, und dennoch begegnen wir einer so ganz abweichenden Entscheidung. Vielleicht führt Folgendes zu einer Erklärung dieser Erscheinung.

Des ausdrücklichen Verzichtes auf die concurrirende Klage geschieht außer im vorliegenden, noch in drei andern Fällen Erwähnung. Wenn der Besitzer einen Erbschaftssclaven vor Antritt der Erbschaft getödtet hat, so ist der Erbschaft (und nicht wie nachher dem Erben) eine Actio ex Lege Aquilia erworben, welche ebensowohl mit der H. P., als selbständig verfolgt werden kann. Zieht es nun der Erbe vor, im Erbschaftsprocesse den Verklagten verurtheilen zu lassen, so soll er auf die Delictsklage verzichten (cavere, se non acturum lege Aquilia) [2]). Wird ein Dieb mit der R. V. belangt, so hört er nicht auf, der Con-

[1]) Vergl. z. B. l. 5. §. 10.; l. 7. §. 1. commod.; l. 28. de act. emti vend.; l. 43.; l. 47. pr. pro socio; l. 34. §. 2. de O. et A. — und Savigny System Bd. V. §. 233.

[2]) L. 36. §. 2. de H. P. (Paullus): „Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae, omissa ejus rei aestimatione a judice."

dictio furtiva verhaftet zu ſein. Eben darum ſoll der Richter die Reſtitution nur unter der Bedingung anbefehlen, daß der Kläger der Condictio entſage (quam si condictionem petitor remitteret) [1]). Und endlich, wenn ein Pupill ſich ohne Tutoris Auctoritas eine Stipulatio „salvam rem pupilli fore“ hat leiſten laſſen, ſo hat er die Wahl zwiſchen der Klage aus dieſer Stipulation und der Actio Tutelä. Wählt er die letztere, ſo ſoll die Verurtheilung des Vormundes nur dann ausgeſprochen werden, wenn er zuvor die andere Klage aufgegeben hat („quam si ex stipulatione liberatio fieret“) [2]). Das Gemeinſame dieſer Fälle liegt nun meines Erachtens darin, daß eine beſtehende Obligation ohne die Abſicht der Novation ſeitens des Gläubigers, und daher ohne Tilgung der ältern Obligation in eine Stipulation aufgenommen iſt. Bei jener Cautio „salvam rem pupilli fore“ nämlich hatte der Pupill ohne Mitwirkung eines Vormundes ſtipulirt, und daher wohl eine neue Forderung erworben, aber die alte nicht aufgegeben. Daſſelbe trat aber wenngleich aus einem verſchiedenen Grunde in den beiden andern Fällen ein. Denn der Kläger wollte, indem er ſich Cautio Judicatum ſolvi leiſten ließ, nicht die Condictio furtiva oder Actio ex Lege Aquilia, ſondern ſein Eigenthum und Erbrecht geltend machen, alſo gewiß nicht jene Klagen durch Aufnahme in die Caution aufgeben. Der unſerer Betrachtung zunächſt unterliegende Fall weicht freilich inſofern von dieſen Vorausſetzungen ab, als die betreffende Caution, d. i. die Clauſula de Dolo ſchon vor dem Begehen des Delicts geleiſtet worden iſt; aber ſie iſt doch in der Vorausſicht möglichen Unrechts geleiſtet, und verfällt in demſelben Momente, wo dieſes eintritt. Mithin

---

[1]) L. 9. §. 1. de furtis (Pomponius): „Sed si eam (rem) a fure vindicassem, condictio mihi manebit: sed potest dici, officio judicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter jubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret.“ — —

[2]) L. 9. pr. de noval. (Ulp.): „Si pupillus sine tutoris auctoritate rem salvam fore stipulatus, pubes factus, ratam stipulationem habuerit, novandi causa: tollitur tutelae actio: si non habuerit ratum, licet tutelae egisset, habet tamen ex stipulatu actionem: sed judex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret.“

nimmt auch sie der Sache nach Ansprüche, die aus Delicten entstehen, in sich auf, ohne dieselben tilgen zu wollen, da sie wie überhaupt die Cautio Judicatum solvi allein die Geltendmachung des Eigenthums bezweckt. — Dennoch war es umgekehrt in allen diesen Fällen auch nicht die Absicht des Schuldners, durch die Leistung der Stipulation sich zum zweiten Male zu verpflichten, wie es am anschaulichsten bei dem Vormunde ist, welcher durch die Ableistung der Stipulation gerade die einfache Actio Tutelä beseitigen wollte. Deshalb entspricht es aber der Billigkeit, von dem Kläger zu verlangen, daß er, ehe die Stipulation durch eine Verurtheilung des Verklagten verwirklicht wird, zwischen der alten und neuen Forderung wähle, und wenn er bei der letztern beharrt, auf jene verzichte. Nunmehr ist eine wahre Novation vorhanden, und es leidet keinen Zweifel, daß jetzt von einem Zurückgehen auf die alte Forderung, auch nur auf das Mehr, ferner nicht die Rede sein kann [1]). Während also an sich Solidarität zwischen beiden Forderungen bestehen müßte, ist man durch das Verhältniß der Stipulation zu der Delictsobligation veranlaßt, einen wesentlich andern Erfolg dadurch herbeizuführen, daß man den Kläger zur Wahl zwischen beiden, und zum Verzicht auf eine von beiden nöthigt [2]).

[1]) Eine merkwürdige Uebereinstimmung des Ausdrucks findet sich zwischen obigen Stellen und der l. 8. C. de novationibus, welche sich vielleicht zum Theil auf ähnliche Verhältnisse, wie die vorliegenden bezog. Man vergl. die Worte: „nihil penitus priori cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum iis accedere: nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.“

[2]) Ich bin also hier anderer Meinung, als Savigny a. a. O. S. 227. Dieser führt unter den Stellen, in denen die eine Klage durch die andere absorbirt zu werden scheine, so daß nur eine derselben gebraucht werden könne, auch die l. 13. de R. V. auf, und nimmt an, diese Stellen ließen sich so verstehen, daß sie bloß von dem gewöhnlichen Falle reden wollten, worin die Aquilische Klage keinen höhern Ertrag gebe, als die Contractsklage. Für andere Stellen halte ich diese Erklärung für vollkommen ausreichend, für die citirte l. 13. und die übrigen oben abgedruckten Stellen aber ist sie gewiß schon deshalb unbrauchbar, weil sie den Verzicht auf die concurrirende Klage nicht berührt. Dieser Verzicht, oder wie er in zwei Stellen heißt, diese „cautio, se non acturum lege Aquilia“, ist von vielen Juristen ganz übergangen, von andern aber, abgesehen

In einem Falle aber ist der Kläger genöthigt, zur Delictsklage zu greifen. Wenn nämlich der Streitgegenstand nach der Beschädigung rein zufällig und ohne daß dem Verklagten ein Verzug zur Last gelegt werden kann, untergeht, so wird dessen Absolution ausgesprochen, weil der Untergang die Beschädigung absorbirt hat. Denn der Vindicant macht zunächst sein Eigenthum geltend; hat er dieses vor dem Richterspruche durch den Untergang der Sache ohne Schuld des Besitzers verloren, so kann von Entschädigungsansprüchen, die auf dem Eigenthume beruhen und nur beiläufig im Eigenthumsprocesse verfolgt worden, nicht mehr die Rede sein. Durch die Aquilische Klage dagegen verlangt man Ersatz des zugefügten Schadens, d. i. Ausgleichung der Differenz, welche zwischen dem frühern und dem gegenwärtigen Zustande des Vermögens besteht. Diese Differenz wird dadurch, daß der Rest des verletzten Gegenstandes untergeht, nicht beseitigt, und deshalb dauert die Aquilische Klage fort [1]).

Fortsetzung (Früchte [2])).

§. 32.

Die Grundsätze, welche das römische Recht über die Prästation der Früchte im Eigenthums- und Erbschaftsprocesse aufstellt, können nur

---

von den Kosten des zukünftigen Processes, für eine überflüssige Cautel gehalten. Vergl. Gl. ad l. 13. cit.; A. Faber: Rationah. ad h. l. Dagegen hat Cujacius nicht bloß die Eigenthümlichkeit des Falles hervorgehoben, sondern auch eine Erklärung gegeben, welche der Wahrheit sehr nahe kommt, und vielleicht nur nicht klar genug ausgesprochen ist. Er sagt zu l. 36. §. 2. de H. P. (tom. V. p. 264.): „Praeterea dicit Paulus occiso servo hereditario, heredem, qui postea hereditatem adivit, eligentem petitionem hereditatis, cavere debere, se non acturum lege Aquilia, quia scilicet in locum actionis ex lege Aquilia petitio hereditatis succedit, aliter quam si ex uno eodemque facto commodati sit actio et legis Aquiliae."

[1]) L. 27. §. 2. de R. V. (Paullus): „Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa ejus ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet ejus, quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest petitoris. Sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem Aquiliae actio durat."

[2]) An neuerer Litteratur über diesen

dann richtig verstanden, und die Zeugnisse der Quellen nur dann in vollständigen Einklang gebracht werden, wenn man die verschiedenen Gesichtspuncte, welche sich im spätern Rechte durchdrungen haben, sondert und auseinander hält. Vor Allem wird es zweckmäßig sein, zunächst die R. V. für sich zu behandeln, weil bei ihr die Verpflichtungen des Verklagten in Beziehung auf die Früchte einen reinern Character behauptet haben, als bei der H. P.

Nun haben wir dort die Früchte bereits als Accessionen des Streitobjectes kennen gelernt. Als solche erscheinen sie jedenfalls vor ihrer Lostrennung, indem sie dann in der Hauptsache noch vollständig aufgehen. Aber auch nach der Lostrennung dauert ein Affinitätsverhältniß zwischen beiden fort, vermöge dessen die Früchte, mögen sie vor oder nach der L. C. selbständig geworden sein, in den Proceß über die Hauptsache hereingezogen werden. Sie sind in dieser Beziehung Gegenstand der Clausula Judicatum solvi, und müssen deshalb im Augenblicke des Judicates im Besitze des Verklagten sein, weil sie nur unter dieser Voraussetzung der Restitutionspflicht unterworfen sein können. Eine wahre Ausnahme war es daher, daß man in späterer Zeit die Eigenthumsklage wie auf Sachen, so auch auf Früchte richtete, welche der Besitzer vor der L. C. dolose zu besitzen aufgehört, oder wie man dafür bei Früchten sagte, consumirt hatte, gleich als besitze er noch. Natürlich setzte dies einen Besitzer voraus, welcher ein Bewußtsein von seinem Unrechte hatte, und würde daher nach der L. C. auch bei dem redlichen Besitzer, der doch seine Niederlage als möglich denken mußte, gegolten haben, wenn man hier nicht von jeher in sehr viel weiterem Umfange dem Verklagten die Haftung für Früchte auferlegt hätte, welche er zur Zeit des Judicates nicht besaß.

Gegenstand ist nur die schon öfter erwähnte Schrift von G. E. Heimbach: Die Lehre von der Frucht, Leipzig 1843, zu nennen. Die sechste, siebente, achte und neunte Abhandlung sind der Fruchtrestitution bei der Eigenthumsklage gewidmet. Trotz vieles Vortrefflichen fehlt es diesen Untersuchungen an einem festen Principe, wie sich schon darin kund gibt, daß sie die R. V. und H. P. als vollkommen gleich behandeln.

Nach der L. C. ſoll nämlich der Verklagte, ſofern er in gutem Glauben iſt, für alle Früchte einſtehen, welche er gezogen aber conſumirt, oder welche er durch ſeine Culpa nicht gezogen hat. So drücken ſich die Inſtitutionen Juſtinian's in folgender Stelle aus [1]).

Si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

Im Ausdrucke verſchieden, aber im Sinne übereinſtimmend iſt eine Stelle des Paullus [2]), bei welcher man nur feſthalten muß, daß es zur Schätzung percipirter Früchte erſt dann kommt, wenn ſie in Natur nicht reſtituirt, namentlich alſo wenn ſie conſumirt worden ſind.

Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste (ap. Hal. deest) potuerunt, aestimandi sunt.

Und deſſelben Inhalts iſt eine Conſtitution von Valentinian und Valens in der Geſtalt, in welcher ſie in Juſtinian's Rechtsbuch übergegangen iſt [3]).

Litigator victus, qui post conventionem rei incumbit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed eos, quos percipi potuisse, non quos eum redegisse constabit, exsolvat ex eo, ex quo re in judicium deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit.

Dies ſind alſo dieſelben Früchte, welche man im alten Proceſſe nach Ertheilung der Vindicien verdoppelte, und die in Beziehung hierauf

---

[1]) §. 2. I. de off. judicis.

[2]) L. 33. de R. V. Die l. 22. C. de R. V. befaßt die vom redlichen Beſitzer zu präſtirenden Früchte, alſo die vorhandenen mitbegriffen, unter dem Ausdrucke „fructus universos.“ Vergl. auch l. 19. pr. de usuris: In fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit.

[3]) L. 2. C. de fruct. et lit. exp. Das Original dieſer Stelle haben wir in der ſchon benutzten l. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. Die ſich hier findenden Beſtimmungen über Verdoppelung der Früchte, ſo wie über die Leiſtungen des unredlichen Beſitzers hat Juſtinian weggelaſſen.

Paullus mit unvergleichlicher Kürze als ſolche bezeichnet, „quos possessor capere vel possidere neglexit“ [1]). Fragen wir nun, worin dieſe Haftung ihren Grund habe, ſo werden wir ſchon durch die Erwähnung der Culpa, welche in vorſtehenden Texten offenbar die negative mitbegreift, noch beſtimmter aber durch folgende Betrachtung auf die Clauſula de Dolo hingewieſen.

1. Wie wir geſehen, verpflichtet die Clauſula de Dolo den Verklagten, allen Fleiß auf die Aufbewahrung des Streitobjectes zu wenden, ſo daß, wenn dieſes durch ſeine Schuld untergegangen, oder ſonſt wie aus ſeinem Beſitze gekommen iſt, er die Litis Aeſtimatio zu zahlen hat. Da nun die Früchte Acceſſionen der Streitobjecte ſind, ſo muß offenbar von ihnen daſſelbe gelten; ja die Juriſten betrachten dies ſo ſehr als ſich von ſelbſt verſtehend, daß ſie der conſumirten Früchte bei Weitem ſeltener Erwähnung thun, als der zu percipirenden.

2. Wie aber die Haftung für „fructus percipiendi“ mit der vorigen und mit der Clauſula de Dolo zuſammenhänge, zeigt am ſchlagendſten der weitere Verlauf der angeführten Stelle des Paullus [2]), wo die Fruchtpräſtationen für den Fall normirt werden, daß der Verklagte den Beſitz nach der L. C. aufgegeben hat. Hier ſoll er nicht, wie im Falle unverſchuldeten Verluſtes, bloß für die Zeit des Beſitzes [3]), ſondern bis zur Zeit des Urtheils die Früchte präſtiren, alſo ſicherlich aus keinem andern Grunde, als aus welchem die Pflicht zum Erſatze der doloſe oder culpoſe vernichteten Sache ſelbſt entſpringt, d. i. aus der Clauſula de Dolo.

Durch dieſes Beiſpiel wird übrigens zugleich ein Irrthum, zu welchem die zwiſchen beiden Fällen der Haftung beſtehende Verwandtſchaft leicht verleiten kann, auf's Beſtimmteſte widerlegt. Man hat

---

[1]) Paulii R. S. I. 13., b. §. 8.

[2]) L. 33. cit.: — „et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis, eousque fructuum rationem habeudam, quousque haberetur, si non periisset: id est ad rei judicandae tempus: quod et Juliano placet.“

[3]) L. 79. de R. V.: Si hominem a me petieris, et is post litem contestatem mortuus sit, fructus, quoad is vixerit, aestimari oportet.“

nämlich geſagt, die Verpflichtung zur Perception ſetze exiſtirende Früchte voraus, ſolche, welche der Verklagte nur brauche an ſich zu nehmen [1]), ſo daß im Grunde beide Fälle zuſammenfielen, da der Beſitzer der Hauptſache durch bloße Separation auch an den Früchten juriſtiſchen Beſitz erwirbt, mithin das Unterlaſſen der Perception (das hieße, des Einſammelns) eigentlich nichts, als ein verſchuldeter Verluſt des Beſitzes ſein würde. Wäre dies die Meinung der römiſchen Juriſten, ſo könnte dem Verklagten die Präſtation von Früchten gewiß nicht in einem Falle auferlegt werden, in welchem er nicht einmal den Beſitz der Hauptſache hat. Auch würden unter den „fructus percipiendi“ niemals „fructus civiles“ begriffen ſein, da dieſe ohne Zuthun des Verklagten gar nicht exiſtent werden können [2]). Wir haben vielmehr unter der Präſtation der zu percipirenden Früchte eine ſelbſtändige Verpflichtung zu denken, die Leiſtung des Intereſſe's, welches der Kläger an der Anwendung des zur Erzeugung von Früchten nothwendigen Fleißes, an der Vornahme der Arbeiten und Verwendungen hat, welche die Erzielung gewiſſer Früchte vorausſetzt. [3]). Darin liegt denn aber keineswegs die Pflicht zu Verwendungen, welche den Ertrag des Streitobjectes mehren; ſo wenig wie wenn ſie gemacht ſind, die Pflicht, diejenigen Früchte zu erſetzen, welche unter dieſen Umſtänden gezogen werden konnten, aber nicht gezogen ſind. Den Maaßſtab für die Pflicht des Fruchtbezuges gibt alſo der vor der Verbeſſerung beſtehende Zuſtand des Streitobjectes ab.

Paullus libro XXI. ad Ed. in l. 31. de R. V.

Ceterum, cum de fructibus servi petiti quaeritur, non tantum **pubertas ejus spectanda est: quia etiam impuberis aliquae operae esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus aestimari, qui ex artificio ejus percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.**

---

[1]) Heimbach a. a. O. S. 171 fg.
[2]) L. 62. pr. de R. V.; l. 19. pr. de usuris.
[3]) So auch Buchholtz: Juriſt. Abh. S. 14. und in einer Recenſion des Heimbach'ſchen Buches in Richter's krit. Jahrb. 1844. S. 517.

So gestalten sich die Verpflichtungen hinsichtlich der Früchte nach der L. C. bei dem redlichen Besitzer. Einige Modificationen nehmen dieselben aber bei dem unredlichen Besitzer an. Denn da dieser durch die L. C. in Mora versetzt wird, so muß er für die vor der L. C. percipirten Früchte auch dann einstehen, wenn sie ohne seine Schuld nachher untergegangen sind. Außerdem aber soll er nicht bloß für diejenigen Früchte, welche er selbst bei gehörigem Fleiße hätte ziehen können, sondern sogar für die, deren Perception dem Kläger möglich gewesen sein würde, einstehen.

Papinianus libro VI. Quaest. in l. 62. §. 1. de R. V.

Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat, animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus (Vulg. fruitus) sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset: quam sententiam Julianus quoque probat.

Die Ausleger haben es sich mit dieser Stelle leichter gemacht, als billig; sie beziehen dieselbe kurzweg auf die ganze Dauer des Besitzes, ohne eine Vereinigung mit den zahlreichen Stellen zu versuchen, welche vor der L. C. den unredlichen Besitzer nur zur Prästation der percipirten und consumirten Früchte verpflichten. Ein solcher Versuch aber würde, wenn man nicht einen absoluten Widerspruch annehmen will, nothwendig zu einer Modification jener Auffassung geführt haben. In der That kann jener Auffassung nach zwei Seiten hin ausgewichen werden.

Die Vulgathandschriften lesen gewiß richtig „fruitus sit", statt „fruiturus sit", welches in der Florentina steht, aber keinen passenden Sinn gibt, da es soviel als „frui potuerit" nicht sein kann, und im Augenblicke der Schätzung eine Hinweisung auf die Zukunft ganz unzulässig ist [1]). Die Richtigkeit jener Lesart aber vorausgesetzt, könnte man folgenden Sinn in der Stelle finden. Wenn es sich frage, welche Früchte der unredliche Besitzer zu prästiren habe, so werde nicht

---

[1]) Ueber die Lesart „fruitus sit" vergleiche: Schulting: Notae ad Digesta (ed. Schmallenburg) tom. II. p. 173.

darauf geſehen, ob der Verklagte gewiſſe Früchte gezogen habe (an fruitus sit), ſondern ob der Kläger, falls ihm reſtituirt worden, zur Perception der vom Verklagten gezogenen berechtigt geweſen wäre. Habe alſo einem Dritten der Nießbrauch an dem Streitobjecte zugeſtanden, ſo könne der Kläger die dieſem gebührenden Früchte nicht fordern. Hiernach würde alſo Papinian gar nicht mehr von dem Maaße und der Qualität der Verpflichtung des Verklagten, ſondern, wie es in andern Stellen geſchieht [1]), von einer äußern Begrenzung ſeiner Leiſtungen handeln. Gegen dieſe Erklärung erhebt ſich aber das Bedenken, daß ſie auch auf den redlichen Beſitzer paßt, mithin unerklärt läßt, warum der Juriſt ſeine Regel nur für den unredlichen aufſtellt. Ich gebe daher einer andern Erklärung den Vorzug, welche zwar in der Forderung derjenigen Früchte, welche der Kläger hätte ziehen können, eine Steigerung der Leiſtungen ſieht, die man von einem ſorgſamen Hausvater erwartet, aber dieſe Haftung doch erſt mit der L. C. eintreten läßt.

Offenbar ſtützen ſich diejenigen, welche behaupten, der unredliche Beſitzer müſſe ſchon vor der L. C. von der Beſitzergreifung an für „fructus percipiendi“ einſtehen, auf den Ausdruck: „si ei possidere licuisset.“ Aber man wird doch nicht läugnen, daß hiermit ebenſogut der Zeitpunct bezeichnet werden kann, in welchem der Beſitzer in Verzug kommt, d. i. der Zeitpunct der L. C. Und ließe ſich alſo zeigen, daß ein ganz gleichbedeutender Ausdruck unter ähnlichen Verhältniſſen ausdrücklich auf die L. C. bezogen ſei, ſo würden wir berechtigt ſein, jenen Worten Papinian's dieſelbe Bedeutung zu geben.

Gaius libro VI. ad leg. XII tabb. in l. 19. §. 1. de usuris.

Iter quoque et actus, si petitus sit, vix est, ut fructus ulli possint aestimari: nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore, quo petisset, ire agere non prohiberetur: quod admittendum est.

[1]) L. 33.; l. 35. pr. de R. V.; l. 19. pr. de usuris; l. 79. de R. V.

Bei der Actio confessoria können, wie bei der Eigenthumsklage, Früchte in Anschlag gebracht werden, sobald die streitige Servitut der Früchte fähig ist [1]). Klagt also der Usufructuar eines Sclaven gegen den Besitzer desselben, so muß dieser restituiren, was der Sclav aus dem Vermögen des Fructuars oder seinen Diensten erworben hat. Dies sind die gezogenen Früchte, welche der unredliche Besitzer ohne Rücksicht auf ihre Existenz prästiren muß. Bei sehr vielen Servituten lassen sich aber gar keine Früchte denken, wenn man nicht darunter den Vortheil verstehen würde, welchen der Kläger gezogen hätte ohne die Verhinderung in der Ausübung der Servitut. Und dieses Commodum soll nun nicht etwa vom Augenblicke der Störung an prästirt werden, wie man es für die R. V. behauptet, sondern vom Augenblicke der L. C. an. Soll also eine Uebereinstimmung der Grundsätze bestehen, welche das römische Recht über die Leistungen des unredlichen Besitzers (denn ein solcher ist offenbar der Störer einer Servitut) bei dinglichen Klagen aufstellt, so muß man sich den Ausdruck Papinian's in folgender Weise umschrieben denken: „si statim eo tempore, quo petisset, possidere ei licuisset“ [2]).

In dieser Beschränkung läßt sich nun aber die Prästation der zu percipirenden Früchte in einen allgemeinern Zusammenhang bringen. Es ist oben die Bemerkung gemacht worden, daß das Versprechen des Verklagten, sich jeder Arglist zu enthalten, die ganze Dauer des Processes umfasse, mithin auch den Zeitpunct in sich begreife, in welchem der Proceß übernommen werde. Dies zeigte sich bereits bei demjenigen, welcher sich, ohne Besitzer zu sein, böslich zum Streite erbot. Eine andere Anwendung finden wir hier. Gewiß kann man sagen, derjenige handle dolose, welcher einen Proceß annimmt, obwohl er weiß, daß ihm das streitige Recht nicht zustehe, und er sei deshalb zum Ersatze des daraus entstandenen Schadens verpflichtet. Hätte also der Vindicant

[1]) L. 4. §. 2. si serv. vindicetur; l. 5. §. 3—6. si ususfr. petetur.

[2]) So verstehen die Stelle auch Donell. Comm. jur. civ. p. 1158. und Madai in der Zeitschr. f. C. R. u. Pr. Bd. XI. S. 7.

Früchte ziehen können, deren Perception dem Beſitzer auch bei Anwendung allen Fleißes unmöglich war, ſo haftet dieſer nicht bloß für die von ihm vernachläſſigten, ſondern auch für diejenigen Früchte, deren Genuß er dem Vindicanten entzogen hat. Und ſonach würde ſich dieſe Verbindlichkeit in Beziehung auf das zufällige Plus an die oben dargeſtellte Haftung aus der Mora auf das Engſte anſchließen, wie eben die Worte „si ei possidere licuisset“ ſehr beſtimmt andeuten. Dennoch läßt ſich dieſelbe nicht geradezu hierauf, mit Umgehung der Clauſula de Dolo ſtützen, weil nach allgemeiner Regel der Moroſus wohl für den zufälligen Untergang, aber keineswegs immer für die vom Kläger zu percipirenden Früchte haftet[1]). Dies zeigt ſich ſogleich bei der H. P., zu deren Betrachtung wir jetzt übergehen.

Der Beſitzer von Erbſchaftsſachen haftet ſchon vor der L. C. in anderer Weiſe, als der Beſitzer einzelner Sachen. Aus dem Geſichtspuncte einer Negotiorum Geſtio folgerte man, daß der redliche Beſitzer nicht bloß die noch exiſtirenden, ſondern auch die conſumirten, ſoweit ſie ihn reicher gemacht haben[2]), und der unredliche Beſitzer nicht bloß

---

[1]) „Fructus qui ab actore percipi potuerunt“ finden ſich bei dem Interdictum unde Vi erwähnt, und bei der Actio quod Metus cauſa, bei der letztern dann, wenn der Bedrohte durch Furcht abgehalten iſt, Früchte zu ziehen. Hieraus erſieht man recht klar, daß dieſe Art von Haftung mit zum vollen Schadenserſatze gehört. Vergl. l. 1. §. 1. de vi et vi armata; l. 4. C. unde vi; l. 12. §. 1. quod metus causa. Ebenſo ſoll der mit der Actio Pauliana Belangte diejenigen Früchte präſtiren, welche der Fraudator hätte ziehen können. L. 10. §. 20. quae in fraudem creditorum. Ganz ſingulär iſt es, daß auch der Erbe dem Legatar alle Früchte erſetzen ſoll, „non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit.“ L. 39. §. 1. de leg. I.; l. 26. de leg. III. Ich vermuthe, daß hierbei an ein legatum sinendi modo zu denken iſt, weil die daraus entſtehende Condictio Incerti am eheſten ſolche Präſtationen in ſich aufnehmen kann. Daß übrigens der onerirte Legatar dem Fideicommiſſar Diligentiam präſtiren müſſe, wie in Negotiis bonä fidei, beweiſt l. 108. §. 12. de leg. I. Ueber „fructus percipiendi“ bei der Mora vgl. Madai: die Lehre von der Mora S. 337—340.

[2]) L. 40. §. 1. de H. P.: „In bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quas locupletior factus est.“ L. 1. §. 1. C. eod. Nicht genau iſt alſo die Gleichſtellung, welche Juſtinian zwiſchen dem Beſitzer von Einzelſachen und dem von Erbſchaftsſachen in §. 2. I. de off. judicis macht.

alle percipirten, wenn sie gleich consumirt sein sollten, sondern auch diejenigen, welche er bei gehörigem Fleiße hätte ziehen können, prästiren müsse [1]). Wie gestalten sich nun diese Verpflichtungen nach der L. C.? Der redliche Besitzer haftet jetzt ganz so, wie der Prädo vor der L. C., oder wie der redliche Besitzer einer Einzelsache nach der L. C. Dies beweisen außer denjenigen Stellen, welche sich auch auf die Eigenthumsklage beziehen [2]), noch folgende:

Paullus: Rec. sent. I. 13. b. §. 9.

Hi fructus in restitutione praestandi sunt petitori, quos unusquisque diligens paterfamilias et honestus colligere potuisset.

In dem vorausgegangenen Paragraphen hat Paullus die Früchte bestimmt, welche bei der H. P. zu doppeltem Werthe angeschlagen werden. In vorliegender Stelle gibt er eine genauere Bestimmung des „quos fructus capere neglexit"; die Nachlässigkeit soll nach der „diligentia diligentis et honesti patrisfamilias" bestimmt und darnach die Früchte geschätzt werden. — Sodann

M. Aelius [3]) Antoninus A. Augurino, Proc. Africae in l. 1. §. 1. C. de H. P.

Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum, ex die contestationis computandas omnimodo reddere compellantur.

Hier werden denn auch den Früchten die Zinsen von den für verkaufte Erbschaftssachen erhaltenen Preisen gleichgestellt, so wie in einer andern Stelle sogar die Zinsen vom Preise verkaufter Früchte; nur muß in beiden Fällen die Veräußerung vor der L. C. geschehen sein, weil nachher nicht die Preise, sondern die verkauften Sachen selbst Gegenstand

---

[1]) L. 25. §. 4. und 9. de H. P.; l. 5. C. de R. V.

[2]) §. 2. I. de off. jud.; l. 2. C. de fruct. et lit. exp.

[3]) Hal. T. Aelius. Es ist aber wie Spanhemius: Orbis Rom. Exercit. II. c. 2. gezeigt hat, zu lesen: M. Aurelius.

der Klage ſind, ausgenommen, wenn die veräußerten Objecte leicht verderblich waren [1]).

Was dagegen die Verpflichtungen des unredlichen Beſitzers anbelangt, ſo erleiden dieſelben durch die L. C. im Weſentlichen rückſichtlich der Früchte keine Veränderung; denn wie er vorher zu allem Fleiße verpflichtet iſt, ſo iſt er es auch nachher, gleich dem redlichen Beſitzer. Er haftet alſo für alle Früchte, welche er mit gehörigem Fleiße hätte ziehen können, ſo wie für Zinſen von Erbſchaftsgeld, welches er eingezogen hat oder einziehen konnte [2]). Zu letzterem gehört namentlich, was er ſelbſt ſchuldete, und da ihn nun auch die Vernachläſſigung der Früchte zum Erſatz des Intereſſe's verpflichtet, ſo muß er ſelbſt von dieſem Zinſen zahlen, gleichwie er von den gezogenen Früchten wieder Früchte geben muß [3]). Hat der Prädo die Früchte conſumirt, ſo haftet er als Dolo Deſinens poſſidere für die Früchte ſelbſt, und nur wenn dieſelben dem Verderben ausgeſetzt waren, zahlt er wieder Pretium und Zinſen [4]). Bloß für einen Fall machte Kaiſer Septimius Severus eine mildere Beſtimmung. Derjenige, welcher ſtillſchweigend die Auszahlung eines Fideicommiſſes an einen Incapax übernommen, verliert als Indignus die Erbſchaft an den Fiscus und wird einem Prädo gleich behandelt [5]). Dennoch ſoll er für keine Zeit Zinſen vor den Früchten zahlen [6]). — Jene Beſtimmungen nun gelten nicht bloß vor der L. C., ſondern auch nachher. Allein darin beſteht allerdings ein Unterſchied, daß von den

[1]) L. 51. §. 1. de H. P.; l. 20. §. 16. eod.

[2]) L. 20. §. 11. und 15. eod.

[3]) L. 25. §. 2. eod. — L. 51. §. 1. eod. („Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti, hereditatem auxerunt). — L. 40. §. 1. eod. („Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem, ideoque eorum quoque fructus praestabit"). — Die l. 15. de usuris, welche die Zinszahlung von denjenigen Früchten, „qui quasi a malae fidei possessore condicuntur", unterſagt, bezieht ſich, wie die Erwähnung der Condictio darthut, auf die R. V.; ſie beweiſt aber doch, daß überhaupt nicht von vorhandenen Früchten, ſondern nur von einer Erſatzſumme Zinſen gezahlt werden können.

[4]) Arg. l. 20. §. 12. eod.

[5]) L. 46. eod.

[6]) L. 18. pr. de his, quae ut indignis. Vergl. l. 1. C. de his, quibus ut indignis, l. 20. §. 12. de H. P. und Cujacius ad l. 51. §. 1. eod. (tom. IV. p. 822.).

nach der L. C. verfallenden Früchten keine Zinsen gezahlt werden. Dies erklärt sich so. Durch die Cautio Judicatum solvi werden alle bisherigen Verpflichtungen des Besitzers zu einem Ganzen zusammengefaßt, welches der Verklagte für den Fall des Unterliegens zu restituiren verspricht. Darum vermehren die Früchte nach der L. C. die Erbschaft nicht mehr in der Weise, daß sie Theile derselben würden, welche selbst wieder fruchterzeugende Kraft besäßen, sondern erscheinen als Accessionen der Hauptleistung, die sich gleichwohl noch ganz nach denselben Grundsätzen erzeugen, wie vorher, da auch die Clausula de Dolo die Verbindlichkeiten des Besitzers den aus einem bonâ Fidei Negotium hervorgehenden gleichstellt. Gewissermaßen besteht also die mit der L. C. eintretende Veränderung nur darin, daß der Besitzer nicht mehr als Geschäftsführer der Erbschaft, sondern als der des Erben erscheint. — Aus dieser Continuität der Verpflichtungen verneint sich denn auch wohl die Frage, ob der unredliche Besitzer nach der L. C. für die vom Kläger zu ziehenden Früchte hafte. Denn wenn dafür auch der weite und allgemeine Ausdruck der oben mitgetheilten Regel Papinian's spricht, so ist doch gewiß auffallend, daß nirgends in den von der Erbschaftsklage handelnden Titeln eine Anwendung von jener Regel gemacht wird, und als entscheidend betrachte ich, daß auch der Negotiorum Gestor nach erfolgter L. C. keine höhern Zinsen oder Früchte leistet als vorher [1]). In der That findet sich in den Quellen ein Beispiel, in welchem nach jener Regel Zinsen gezahlt werden müßten, während die römischen Juristen eine Zinsverbindlichkeit nicht annehmen. Von baarem Gelde, welches in der Erbschaft liegt, sind keine Zinsen zu zahlen, wenn es der Besitzer unangetastet läßt; denn man muthet ihm nicht zu, das Geld unrechtlicher Weise zu veräußern, und die Gefahr des Darlehns zu tragen, nimmt also an, daß er selbst keine Zinsen ziehen könne. Müßte er nun nach der L. C. für die Zinsen einstehen, welche der Kläger hätte

---

[1]) L. 19. §. 4. de neg. gestis; l. 15.; l. 58. §. 1. de admin. tut.; l. 17. §. 7. de usuris; l. 24. C. eod.

ziehen können, so würden wenigstens nach dieser Zeit Zinsen von ihm gefordert werden. Dennoch wird nirgends dies erwähnt trotz der dringenden Veranlassung, die man mitunter dazu hatte [1]).

So gestalten sich also die Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers bei der R. V. und H. P. nur rücksichtlich der „fructus percipiendi" verschieden. Sie unterscheiden sich darin, daß der Besitzer einer Einzelsache vor der L. C. für dieselben nicht einsteht, nachher aber sogar für diejenigen haftet, welche der Kläger hätte ziehen können, während der Besitzer einer Erbschaftssache ohne Unterbrechung wie ein Negotiorum Gestor allen Fleiß auf den Fruchtbezug zu verwenden hat, zu keiner Zeit mehr, zu keiner weniger prästirt. Und hiermit ist die Grenze bestimmt, deren Existenz Justinian in folgender Stelle der Institutionen andeutet [2]).

Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit.

Hier müßte auch die Rede von dem Abzuge sein, welchen der Verklagte vornimmt, um für die auf die Früchte gemachten Verwendungen Ersatz zu erlangen. Ich darf über diesen Punct auf die lehrreiche Aus-

---

[1]) L. 20. §. 14. de H. P.; l. 62. pr. de R. V.

[2]) §. 2. I. de off. judicis. Um irgend eine Folgerung zu ziehen, ist diese Stelle wegen ihrer Allgemeinheit völlig untauglich. Sie ist von Allen zur Bestätigung ihrer Ansicht benutzt worden. Eine besondere Meinung hat aber Schrader: Inst. ad h. l. aufgestellt. Er nimmt an, das „eadem ratio" enthalte nicht eine Vergleichung der R. V. und H. P., sondern der „fructus percipiendi" mit den der Restitution im Vorausgehenden bereits unterworfenen „fructus percepti." Das „paene" soll sich hiernach auf den Beweis beziehen; es sei schwerer zu beweisen, welche Früchte hätten percipirt werden können, als welche percipirt seien. Mir scheint aber, als ob diese Erklärung übersehe, daß schon in den vorausgehenden Sätzen R. V. und H. P. mit einander verglichen sind, und daß deshalb die an sich natürlichere Verbindung des „eadem ratio" mit den Worten „in utraque actione" um so weniger umgangen werden könne.

führung verweiſen, welche Heimbach in der neunten Abhandlung ſeines Buches gegeben hat. Das Reſultat, welches hier aufgeſtellt wird, iſt dieſes, daß der Begriff der zu präſtirenden Fructus nur auf das angewandt werden könne, was nach Abzug der Unkoſten übrig bleibe, ohne daß der Verklagte einer beſondern Einrede bedürfe.

Zum Schluſſe noch eine abwehrende Bemerkung. Die Verdoppelung der in Natur nicht reſtituirten Früchte, der wir bei der Eigenthums- und Erbſchaftsklage auf den frühern Entwickelungsſtufen begegnet ſind, iſt in das Verfahren per Formulam petitoriam nicht übergegangen. Hierfür ſprechen zwei Gründe. Erſtens der unmittelbare Zuſammenhang, in welchem ſie nach den zwölf Tafeln zur Ertheilung der Vindicien ſteht. Da dieſe auf jener letzten Stufe verſchwunden iſt, ſo muß auch die Verdoppelung der Früchte weggefallen ſein. Sodann eine im Theodoſianiſchen Codex befindliche, von Juſtinian aber nicht vollſtändig aufgenommene Conſtitution der Kaiſer Valentinian und Valens [1]), in welcher die Zahlung doppelter Früchte wieder eingeführt wird, und zwar mit offenbarer Rückſicht auf das ſpätere Verfahren, da auch die vor Beginn des Proceſſes fallenden Früchte dem unredlichen Beſitzer verdoppelt werden ſollen, was im frühern Rechte nur in dem ſeltenen Falle vorkam, wenn die Vindicienertheilung proviſoriſch geſchehen war [2]). In Juſtinian's Compilation ſind bekanntlich die doppelten Früchte bis auf die letzte beſtimmt nachweisbare Spur vertilgt; ſelbſt da, wo gegen Leiſtung der alten Stipulatio pro Præde Litis Vindiciarum vor Beginn des Proceſſes der Beſitz einer ſtreitigen Erbſchaft verliehen worden iſt, kommen ſie nicht mehr vor [3]).

---

[1]) L. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. (4. 18.), vergl. mit l. 2. C. I. eod.

[2]) Paulli R. S. V. 9. 1.

[3]) L. 5. pr. de H. P. Den alten Namen jener Stipulation hat Juſtinian freilich auch nicht aufgenommen.

Von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der sich aus der Cautio Judicatum solvi ergebenden Verpflichtungen.

§. 33.

Nachdem wir den Inhalt der Stipulatio Judicatum solvi vollständig kennen gelernt haben, kehren wir nochmals zur Form derselben zurück, um daraus einen Gesichtspunct für die Entscheidung der Frage zu gewinnen, ob die processualischen Verbindlichkeiten des Verklagten theilbar seien, oder nicht.

Es hat sich gezeigt, daß die Caution des Besitzers nicht auf Erfüllung des Judicates (Restitution des Streitobjectes), auf rechte Vertheidigung, und Absagen jeder Argliſt gerichtet wurde, sondern auf des Klägers Interesse, auf „quanti ea res est.“ In dieser Beziehung sagt Paullus, die Caution habe eine „incerta quantitas“ zu ihrem Gegenstande [1]). Manche Juristen meinen, hiermit stehe eine Aeußerung Ulpian's im Widerspruche, welche ihr eine „expedita quantitas“ zuschreibe, weil sie auf soviel committirt werde, als der Richter ausgesprochen haben werde [2]); wenigstens versuchen sie zu zeigen, in welcher Weise man den Gegenstand der Caution genau bestimmt (denn dies sagt nach ihrer Meinung jener Ausdruck) nennen könne. So gibt die Gloſſe rücksichtlich der Verpflichtung der Bürgen eines Defensor zwar zu, daß aus der Clausula Judicatum solvi die Stipulation auf eine gewisse Quantität, nämlich auf die dem Defensor gegenüber festgestellte Condemnationssumme verfalle, läugnet dies aber für die Clausula de Dolo und de Re defendenda [3]). In der That ist dieses aber ein Resultat, welches sehr wenig geeignet ist, jene Erklärung zu unterstützen. Ein erträglicherer Sinn würde gewonnen sein, wenn man Ulpian's Aeußerung, statt sie auf die Bürgen des Defensor zu beziehen, von der

---

[1]) L. 2. §. 1. de praet. stip.

[2]) L. 9. jud. solvi: „Judicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur, in quantum judex pronunciaverit.“

[3]) Gl. ad l. 9. cit.; Donellus in Comm. p. 1056. Voët: Comm. ad tit. qui satisd. cogantur, nro. 15.

Stipulation des Defensor oder des Besitzers selbst verstände; sie sagte dann, der Gegenstand der Stipulation, von Anfang an ungewiß, werde doch durch des Richters Urtheil ein gewisser. Allein es wäre damit sehr wenig gesagt, wenn nicht in dem Ausdrucke „expedita quantitas“ noch eine bedeutendere Nebenbeziehung läge. Und diese verräth, wie ich glaube, eine Stelle Julian's [1]). Die Operarum Promissio, sagt Julian, von einem Sclaven bei seiner Freilassung zweien Herrn geleistet, sei dem Versprechen einer Gattung gleich, und werde deshalb nicht nach ideellen Theilen, sondern der Zahl nach getheilt. Sei jedoch nur eine Leistung (una opera) versprochen, so müsse jeder Patron einen Theil derselben einklagen, die Solution aber mache sich sehr leicht (solutio autem ejus obligationis expeditissima est), wenn entweder der Libertus sich zur Zahlung des Werthes verstehe, oder die Patrone die Leistung gemeinsam in Empfang nehmen. Hier nun wird offenbar die Zahlung leicht vollziehbar (expeditissima) genannt nur mit Rücksicht auf die Theilbarkeit derselben, und geben wir also der Stelle Ulpian's eine gleiche Beziehung, so erhalten wir den sehr guten Sinn, die Stipulatio Judicatum solvi habe einen theilbaren Gegenstand, weil sie auf das vom Richter in Geld anzuschlagende Interesse des Klägers committirt werde („in tantum enim committitur, in quantum judex pronunciaverit“). Eine weitere Entwickelung dieses Satzes soll nun in Folgendem gegeben werden.

Die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen kann nach zwei Richtungen aufgefaßt werden, erstens in Beziehung auf die Zahlung ihres natürlichen Gegenstandes, sodann in Beziehung auf die aus ihnen hervorgehende Klage. Bei einigen Obligationen fallen beide Beziehungen zusammen. Wenn Geldforderungen auf die Erben des Gläubigers oder Schuldners übergehen, so kann zum Theil gezahlt, und zum Theil geklagt werden. Forderungen, die auf Bestellung einer Servitut gehen, sind in beiden Beziehungen untheilbar. Anders verhält es sich

[1]) L. 54. §. 1. de V. O.

mit jener großen Classe von Obligationen, deren Gegenstand ein Thun ist. Da Handlungen natürlich untheilbar, die aus solchen Obligationen entspringenden Klagen aber (Condictio Incerti oder Actio bonâ Fidei) auf Interesse d. i. Geld gerichtet sind, so kann hier zwar nicht zum Theil geleistet, wohl aber zum Theil geklagt werden. Wollen also die Erben des Schuldners der Klage ausweichen, so müssen sie gemeinsam leisten, oder einer für alle; sowie sich auch die Erben des Gläubigers zum Empfange der schuldigen Handlung vereinigen müssen, um ihre Forderung zu realisiren. Von diesen Grundsätzen ist nun freilich auf die Stipulation des Besitzers nicht unmittelbar Anwendung zu machen, weil dieselbe, ein Judicium vorbereitend, von vornherein auf des Klägers Interesse, also gerade auf dasjenige gerichtet ist, was mit der Klage verfolgt wird. Da aber das Verfallen des Interesse's dadurch zu vermeiden ist, daß gewisse Handlungen vorgenommen werden, so wird es wohl kaum verfehlt sein, wenn man diese in negativer Form als Bedingung gestellten Handlungen dem natürlichen Gegenstande anderer Obligationen vergleicht, und auf sie die Frage nach der Theilbarkeit der Zahlung anwendet. Jedoch ist damit keineswegs eine Eigenthümlichkeit der Cautio Judicatum solvi bezeichnet, ein Gleiches gilt von allen Obligationen, durch welche statt der beabsichtigten Leistung das Interesse derselben versprochen wird, also von den meisten prätorischen Stipulationen. Wir werden deshalb wohlthun, im Folgenden vorläufig davon abzusehen, daß die vom Besitzer mittelbar versprochenen bedingenden Handlungen in den Lauf eines mit jener Stipulation eingeleiteten Rechtsstreites fallen.

Nun ist die Theilbarkeit des Interesse's unbestritten. Ist also eine der drei Clauseln verfallen, so kann von mehreren Bürgen ein Theil desselben und wegen des Beneficium Divisionis nur ein Theil gefordert werden [1]). Umgekehrt leidet es keinen Zweifel, daß Handlungen natür-

[1]) L. 16. jnd. solvi (Neratius): „Ex judicatum solvi stipulatione ob rem non defensam cum uno ex fidejussoribus agere volo: is, quod pro parte ejus sit, solvere mihi paratus est: non debet mihi judicium in eum dari: neque enim ae-

lich untheilbar ſind; daher kann ſich einer der Bürgen des Promiſſor durch theilweiſe Uebernahme der Vertheidigung nicht frei machen; entweder muß er ſich mit ſeinen Mitbürgen vereinigen, oder in Solidum für den Promiſſor handeln [1]). Geſchieht dies nicht, ſo deficirt die Bedingung, und das Intereſſe verfällt ganz und gegen alle Bürgen, wie am beſtimmteſten und allgemeinſten Venulejus bezeugt.

Venulejus libro VI. Stip. in l. 17. jud. solvi.

Ex clausula de re judicata, dolo malo, ob rem non defensam in solidum committitur stipulatio: non enim videtur defensa res boni viri arbitratu, quae non in solidum defensa sit.

Allein hiermit iſt doch nur die Regel, das Rechtsprincip ausgedrückt, keineswegs aber ausgeſchloſſen, daß durch einen vom Zuthun der Parteien unabhängigen Umſtand im Reſultate eine Theilung auch jener bedingenden Leiſtungen herbeigeführt werden kann. Man nehme an, es ſei eine Cautio de Rato geleiſtet, und der Dominus heiße nur einen Theil der Thätigkeit des Procurator gut; oder eine Cautio Damni infecti, und die gefürchtete Beſchädigung trete nicht in ihrem vollen Umfange ein [2]). Ohne Zweifel wird man hier genau genommen behaupten

quum est, judicio eum destringi (Hal. et Vulg. adstringi) aut ad infitiationem compelli eum, qui sine judice dare paratus est, quo non amplius adversarius ejus per judicem ab eo consecuturus est." — L. 15. eod.

[1]) L. 5. §. 7. eod. Vergl. l. 5. §. 1. eod.

[2]) L. 18. ratam rem dominum habiturum: „Si procurator ratam rem dominum heredemve ejus habiturum caverit, et unus ex heredibus domini ratum habeat, alter non habeat: sine dubio committetur stipulatio pro ea parte, pro qua ratum non habebitur: quia in id committitur, quod stipulatoris intersit. Nam etsi ipse dominus pro parte ratum habuerit, pro parte non habuerit, non ultra quam in partem committetur stipulatio: quia in id committitur, quod intersit agentis: et ideo saepius ex ea stipulatione agi potest, prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat, quod damnatus solvit: sicut in stipulatione damni infecti accidere potest, ut is, qui stipulatus sit, subinde agat: cavet enim, si quid ibi ruet, scindetur, fodetur, aedificabitur. Finge ergo, subinde damnum dari? Non erit dubium, quin agere possit: nam si toto damno computato, tunc agendum est, propemodum non ante aget, quam dies stipulationis praeterierit, intra quem si damnum datum sit stipulatione cautum erit: quod verum non est."

müſſen, die Bedingung ſei völlig exiſtent. Denn die Geſchäftsführung iſt doch in der That nicht gut geheißen, da wie der Stipulator gedachte, die Ruhe vor fernern Klagen nicht herbeigeführt iſt. Und die Beſchädigung, deren Nichteintritt garantirt worden war, iſt doch wirklich erfolgt, wenn ſchon nicht in dem Umfange, in welchem ſie vom Stipulator befürchtet wurde, wenn er Einſturz, Spaltung, Graben und Bauen in der Stipulation zuſammenfaßte. Dies zeigt ſich recht augenſcheinlich darin, daß eine verabredete Geldſtrafe unter jenen Umſtänden jedenfalls als verfallen betrachtet werden würde [1]). Dagegen muß in dieſen Fällen die Richtung der Stipulation auf das Intereſſe ein anderes Reſultat herbeiführen. Das Intereſſe reicht nur ſoweit, als der Stipulator wirklich benachtheiligt worden iſt. Iſt alſo vom Dominus nur zum Theil ratihabirt, oder verſtirbt derſelbe mit Hinterlaſſung mehrerer Erben, von denen der eine ratihabirt, der andere nicht, ſo wird zwar die Cautio de Rato committirt, das Intereſſe aber nur ſoweit zahlbar, als der Stipulator von Neuem iſt belangt worden. Oder es hat Jemand in ſeinem Teſtamente zwei Erben ernannt, und mit gemeinſchaftlichen Legaten in der Art beſchwert, daß nach Auszahlung derſelben von der Erbſchaft Nichts übrig bleibt. Hat ſich nun Einer von ihnen durch Cautionen für dieſen Fall ſicher geſtellt, ſo entſteht die Frage, wie viel er von den Legataren zurückerhalte. Da die Caution lautet: „ex eventu condicionis, quod amplius accepissent, quam per legem Falcidiam licuerit, redditum iri," ſo konnte es ſcheinen, als ob der Stipulator gerade die Hälfte deſſen, was ein jeder Legatar über die gemeinſame Quart beider Erben hinaus empfangen habe, oder gar die ganze Quart verlangen könne. Allein auch hier iſt der Gegenſtand der Caution auf Intereſſe gerichtet, nicht rein objectiv beſtimmt, und darum der Erſatz nicht nach der Zahl der Erben (aequaliter), ſondern nach der Erbſchaftsquote des Klägers (pro suo modo)

[1]) Ich habe keine Veranlaſſung, die ſchwierige l. 4. §. 1. de V. O. in meine Unterſuchung zu ziehen. Ich verweiſe auf Rippentrop: Zur Lehre von den Correal-Obligationen S. 215. Note 27.

zu reguliren. So entſcheidet nach Mácian's Berichte Julian in folgender Stelle.

Maecianus libro IX. Fideicommissorum in l. 32. §. 2. ad leg. Falc.

Julianus scribit, si utriusque heredis pars exhausta est legatis, et alter ex heredibus cautionem praetoriam accepit a legatariis, non aequaliter [1]), sed pro suo modo legis Falcidiae rationem et actionem ex stipulatu habiturum.

Von dieſen Grundſätzen iſt nun auch auf die Cautio Judicatum ſolvi Anwendung zu machen. Auch hier kann durch Thatſachen, welche von der Willkühr der Parteien unabhängig ſind, im Reſultate eine Theilung der bedingenden Handlungen herbeigeführt werden. Und zwar geſchieht dies gerade auf einem Wege, der in andern Fällen die Untheilbarkeit der Obligationen zu erproben pflegt, durch den Tod des Vindicanten oder Beſitzers. Wenn nämlich einer von beiden verſtirbt, und an ſeine Stelle die Erben eintreten, ſo iſt das anhängige Judicium unter dieſen ipſo Jure getheilt [2]), und deshalb Judicat ſowohl als Contumacia nur für den einzelnen Erben wirkſam. Um dies zu voller Anſchauung zu bringen, dürfen wir nach dem Vorgange der römiſchen Juriſten fingiren, das Verfahren zerfalle in zwei Proceſſe, von denen der eine die Feſtſtellung des Eigenthums bezwecke, der andere die Schätzung des Intereſſe's aus der Cautio Judicatum ſolvi.

Erſtens. Stirbt der Stipulator mit Hinterlaſſung mehrerer Erben, ſo iſt klar, daß wenn keinem derſelben rechtliche Vertheidigung geleiſtet, und der zuſtändige Antheil am Streitgegenſtande reſtituirt worden iſt, die Litis Aeſtimatio allen zu ihrem Erbtheile verfällt. Hat dagegen der Verklagte gegen einen von ihnen alle ſeine Verpflichtungen

---

[1]) Ueber die Bedeutung des „aequaliter" vergl. l. 15. §. 17. und §. 18. damni infecti.

[2]) L. 31. de judiciis: „Si petitor plures heredes reliquerit, unusque eorum judicio egerit, non erit verum, totam rem, quae in priore judicio fuerit, deductam esse: nec enim quisquam alienam actionem in judicium invito coherede perducere potest." — L. 21. med. jud. solvi.

eingehalten, was wegen Theilung des Judicium wohl angeht, so kann dieser die Litis Aestimatio nicht verlangen, weil sein Interesse in keinem Puncte verletzt ist.

Zweitens. Wenn nach dem Tode des Promissor alle seine Erben gemeinsam handeln, in Desension und Restitution, so kann wiederum das Resultat kein anderes sein, als das durch die eigne Proceßführung des Promissor herbeizuführende. Wenn aber einer der Erben zu seinem Theile weder vertheidigt, noch restituirt, so müßten wir zunächst annehmen, die versprochene Pöna, das Interesse verfalle ganz. Weil aber doch dieses wieder von jedem Erben nur zu seinem Erbtheile gefordert wird, so folgt, daß diejenigen, welche in Erfüllung ihrer ursprünglichen Verbindlichkeiten nichts versäumten, dem Stipulator erwidern dürfen, er nehme Gelderſatz für Leistungen von ihnen in Anspruch, die er bereits empfangen habe. Die theilweise Annahme dieser Leistungen aber kann der Stipulator eben darum nicht verweigern, weil sich das Judicium von selbst unter die Erben theilt [1]). Daß etwas Anderes bei der Caution des Nunciaten gilt, daß die Erben des Nunciaten in Solidum vertheidigen und restituiren müssen, hat seinen Grund in der juristischen Untheilbarkeit des streitigen Rechts, welche der Theilung des Judicium unter den Erben widersteht [2]).

Die Bestätigung dieser Consequenzen nun gibt Julian in der Fortsetzung obiger Stelle Mäcian's.

Omnes enim praetorias stipulationes ejusdem interpretationis esse: nam constare, ex judicatum solvi stipulatione, sive a parte actoris, sive rei plures heredes exstitissent, non omnibus, neque adversus omnes actionem (Vulg. actiones) contin-

[1]) Nach l. 5. §. 7. jud. solvi sollen mehrere Bürgen, welche die Vertheidigung des „reus" führen wollen, und ebenso dessen Erben einen gemeinsamen Proeurator bestellen, damit der Kläger nicht in Nachtheil komme. Wie aber in der ganzen Lex, so handelt Ulpian auch in diesem Paragraphen von dem Proeurator des Verklagten; und daß dessen Erben zur Stellung eines Vertreters verpflichtet werden, ist allerdings der Natur des Verhältnisses ganz angemessen.

[2]) L. 4. §. 2. de V. O.; l. 2. §. 1. de praet. stip.

gere, sed dumtaxat his, qui vicissent, et adversus victos: hisque, adversos quos res defensa non esset, adversus eos, qui rem non defendissent.

Der Ausdruck „actio" ist hier im formalen Sinne zu nehmen, in der Bedeutung von Klagformel. Alsdann bezeichnet „actionem contingere" das Gelingen, die Wirksamkeit der erbetenen Formel, nicht die Zuständigkeit einer neuen selbständigen Klage, von welcher ja unter den streitenden Parteien selbst nicht mehr die Rede sein kann. Die Stelle beweist also die aufgestellten Sätze vollständig. Eben dahin geht aber folgender Theil einer Stelle Scävola's [1]).

Et si reus promittendi duobus heredibus relictis decesserit, alter rem non defendat, alter defendat: is qui non defendat, ob rem non defensam conveniri potest: ille qui defendat, ob rem judicatam.

In dieser Stelle hat es mit dem „conveniri" eine ähnliche Bewandtniß, wie in der vorigen mit dem „actionem contingere." Es bedeutet nicht, daß die säumigen oder verurtheilten Erben von Neuem verklagt werden, was nicht möglich ist, sondern ist so zu verstehen, daß unter der Fiction einer Theilung des Verfahrens in zwei Processe der auf Schätzung des Streitgegenstandes gerichtete Antrag einer wahren Klage zu vergleichen sei [2]).

Nun treten aber noch wegen des Besitzes einige Modificationen der gewonnenen Resultate ein, und in dieser Beziehung finden wir verschiedene Entscheidungen gegeben, je nachdem der Verklagte vor der L. C. (jedoch nach Leistung der Cautio Judicatum solvi), oder nach der L. C. gestorben ist. Da nämlich die Pflicht der Restitution und Defension durch den Besitz bedingt ist, so müssen die Erben, auf welche der Besitz des Verstorbenen nicht übergegangen ist, absolvirt werden. Umgekehrt kann aber der, welcher von dem Streitobjecte mehr besitzt,

[1]) L. 21. jud. solvi.

[2]) Dies ist eben jene Fiction, von welcher wir vorhin ausgegangen sind.

als ſeine Erbſchaftsquote beträgt, doch immer nur auf einen ideellen Theil des Intereſſe's verurtheilt werden, weil dieſes als eigentlicher Gegenſtand der Stipulation und Klage ipſo Jure unter den Erben getheilt iſt. So verhält es ſich ohne allen Zweifel, wenn der Tod des Promiſſor nach der L. C. eingetreten iſt. Fällt dagegen der Tod zwiſchen die L. C. und die Cautionsleiſtung, ſo iſt noch kein Judicium da, welches durch den Tod getheilt werden könnte, und eben darum ſind die indirect verſprochenen proceſſualiſchen Leiſtungen, namentlich die Defenſion von Jedem in Solidum zu leiſten, während das vom Verſtorbenen verſprochene Intereſſe unter die Erben zu ihrer Erbſchaftsquote getheilt iſt. Dennoch führt dieſe Verſchiedenheit im Umfange der bedingenden und bedingten Leiſtungen zu keinerlei Inconvenienzen, wenn auch der Beſitz auf jeden Erben zu einem ideellen Theile übergegangen iſt. Denn alsdann tritt ja zwiſchen beiden wieder volles Gleichgewicht ein. Deſenſion wie Reſtitution beſchränken ſich auf den beſeſſenen ideellen Theil des Streitobjectes, und dieſem entſpricht auf's Genaueſte die Pflicht zur theilweiſen Leiſtung des Intereſſe's. Anders iſt es dagegen, wenn ſich der Beſitz in der Hand eines der Erben allein befinden ſollte. Hier ſind die übrigen Erben wegen mangelnden Beſitzes zur Uebernahme der Vertheidigung nicht verpflichtet; der beſitzende Erbe aber würde die Vertheidigung in Solidum führen müſſen, obſchon er das Intereſſe nur zum Theile zu zahlen hat. Das „quanti ea res est“ würde auf der einen Seite die in Solidum zu leiſtenden Handlungen umfaſſen, auf der andern doch nur einen Erbtheil am Werthe jener Handlungen ausdrücken. Das aber kommt auf einen abſoluten Widerſpruch hinaus. Zwar kann Etwas der Art bei Forderungen eintreten, welche auf Beſtellung einer Prädialſervitut gerichtet ſind; jedoch nur auf Seiten des Klägers. Iſt dieſer mit Hinterlaſſung mehrerer Erben verſtorben, ſo fordert jeder von ihnen den Gegenſtand der Obligation ganz; kommt es aber zur Verurtheilung, ſo erhält er nur einen Theil des wahren Werthes. Die natürliche Erklärung hierfür liegt darin, daß das „quanti ea res est“ nicht bloß den objectiven Werth des Streitgegenſtandes bezeichnet,

ſondern zugleich eine Beziehung auf das Intereſſe des Klägers enthält. Im umgekehrten Falle, wenn der Promiſſor mit Hinterlaſſung mehrerer Erben verſtorben war, geht daher gegen jeden von ihnen Klage und Verurtheilung in Solidum. Somit bleibt alſo für unſern Fall in der That ein wahrer Widerſpruch. Es haben denn auch die Römiſchen Juriſten denſelben nicht gelöſt, ſondern dadurch beſeitigt, daß ſie die geleiſtete Caution für unwirkſam erklärten, und folglich den Beſitzer zur Leiſtung einer neuen zum Zwecke der Vertheidigung der ganzen Sache verpflichteten. — Ungefähr ſind dies die Gedanken des

Paullus libro LXXIII. ad Ed. in l. 2. §. 2. de praet. stip.

Incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi et ratam rem dominum habiturum, et damni infecti, et his similes, in quibus respondetur scindi eas in personas heredum, quamvis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam condicionem cujusque (Rehd. cujuscunque) facere: at in contrarium summa ratione sit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem ejus committatur stipulatio: hoc enim facere verba stipulationis, quanti ea res est. — Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat, in solidum eum damnandum Julianus scribit. In quantum autem ipse ea stipulatione, vel fidejussores (Vulg. inserit „et“), an omnino teneantur, dubitari potest, et videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.

Paullus geht von dem allgemeinen Grundſatze aus, daß die prätoriſchen Stipulationen, ſofern ſie auf Intereſſe gehen, zufolge des Ueberganges auf die Erben nur für die einzelnen Erbtheile committirt werden. Dies ſpricht er ohne Bedenken hinſichtlich der Erben des Stipulator aus, wegen der ſchon in dem „quanti ea res est“ liegenden Hinweiſung auf das

Intereſſe des Klägers. Dagegen drückt er ſich ſehr zweifelhaft über die Erben des Promiſſor aus, ohne jedoch für dieſen Fall ſeine Behauptung zurücknehmen zu wollen. Daß er namentlich die Theilbarkeit der Stipulatio Judicatum ſolvi anerkennt, beweiſen die Beiſpiele am Schluſſe der Stelle. Wenn der Beſitzer nach Uebernahme des Judicium verſtirbt, und einer ſeiner Erben das ganze Streitobject beſitzt, ſo ſoll dieſer doch nur zu dem Theile verurtheilt werden, zu welchem er Erbe iſt. Und treten gleiche Verhältniſſe vor der L. C. ein, ſo ſoll, weil die Verurtheilung auf's Ganze geſchehen muß, die geleiſtete Stipulation nicht committirt, mithin eine neue geleiſtet werden [1]). Für dieſe Entſcheidung führt Paullus die Auctorität Julian's an, deſſen Anſicht wir im Orginale, aber freilich in einer Form beſitzen, welche nicht geeignet iſt, weiteres Licht über den Gegenſtand zu verbreiten.

Julian. libro LV. Dig. in l. 55. de R. V.

Si possessor fundi ante judicium acceptum, duobus heredibus relictis decesserit, et ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oporteat.

Was endlich noch die Clauſula de Dolo anbelangt, ſo ſind die in der Perſon des Erblaſſers aus dieſer Clauſel bereits verfallenen Verpflichtungen mit dem Judicium ipſo Jure unter den Erben getheilt, auch wenn der Beſitz auf dieſelben nicht übergehen ſollte. In der Perſon der Erben aber wirkt die Clauſel ganz ebenſo, wie in der des Erblaſſers, nur mit Beſchränkung auf den ihrer Vertheidigung unterworfenen Theil [2]).

Schluß.

§. 34.

Es bleibt noch übrig, in Kurzem die Veränderungen zu betrachten, welche ſich in der Zeit der ſpätern Kaiſer mit dem eben dargeſtellten

[1]) Eine vortreffliche Erklärung der Stelle des Paullus findet ſich bei Cujacius ad h. l. (tom. V. p. 826.).

[2]) L. 4. pr. de V. O.

Verfahren per Formulam petitoriam zugetragen haben. Diese bestehen weniger in einer selbständigen Umgestaltung der überlieferten Grundsätze, als in einer Fixirung derselben im Sinne einer Gesetzgebung, welche den Bildungen der Wissenschaft und des Lebens die Weihe sicherer Auctorität geben zu müssen glaubte. Wenn also die eigenthümliche Form des Vindicationsprocesses, wie er sich auf der letzten Stufe seiner Entwickelung gestaltet hatte, darin bestand, daß der Proceß auf einer unter Auctorität des Prätor abgeschlossenen Convention der Parteien beruhte, welche die hergebrachten Verpflichtungen des Verklagten in sich aufnahm, so mußte gerade diese Seite desselben der kaiserlichen Gesetzgebung ein Anstoß sein. Ihr schien es passender, in dieser Beziehung zu dem alten Rechte zurückzukehren, welches überall mit absoluter Geltung versehene Normen aufgestellt hatte. Justinian, oder wer es vor ihm gethan haben mag, schaffte daher die Leistung der Cautio Judicatum solvi außer im Falle der processualischen Vertretung des Verklagten ab [1]), verordnete aber, daß nicht bloß bei dinglichen, sondern auch bei persönlichen Klagen eine Cautio de Re defendenda geleistet werden solle, sei es durch Bürgschaft oder Eid, oder auch, wo dies nach allgemeinen Regeln zulässig sei, durch einfache Repromissio [2]). In der That sind also nunmehr alle Verpflichtungen des Verklagten auf gesetzliche Vorschrift zurückgeführt, und sicher war es selbst bei jener allein übriggebliebenen Clausula Justinian mehr um Sicherstellung als um Begründung der Vertheidigungspflicht zu thun. Ihrem Inhalte nach aber haben die alten Verpflichtungen keine Aenderung erlitten, ja

[1]) In den Institutionen (§. 2. I. de satisdat.) heißt es: „Sed haec hodie aliter observantur.“ Nach diesen Worten kann es scheinen, als ob die Cautio Judicatum solvi wohl schon vor Justinian außer Gebrauch gesetzt sei. Aber freilich fehlt es dafür an allen bestimmtern Zeugnissen.

[2]) §. 2. I. cit.: „Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali, suo nomine nullam satisdationem pro litis aestimatione dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat, usque ad terminum litis, vel committetur suae promissioni cum jurejurando (quam juratoriam cautionem vocant), vel nudam promissionem, vel satisdationem, pro qualitate personae suae dare compellitur.“

in Beziehung auf die Erbſchaftsklage hat Juſtinian den Geſichtspunct, von welchem aus wir die an den Erbſchaftsbeſitz ſich anſchließenden Leiſtungen betrachteten, durch die Aufnahme derſelben unter die B. F. Actiones ausdrücklich beſtätigt [1]).

Im Uebrigen iſt auf den Vindicationsproceß die Aufhebung des Formularproceſſes nicht ohne Einwirkung geweſen. Zwar hat man ſich dieſe Anwendung nicht als eine völlige Umwandlung der alten Grundlagen des Verfahrens zu denken. Denn nach wie vor wurde von den Parteien zuerſt der Streit erklärt durch Erhebung von Klagbitte und Gegenbitte (Jus), und darauf die Begründung dieſer Bitten verſucht durch Darlegung und Beweis der Thatſachen, welche die eine oder andere zu ihrem Vortheile für ſich anführen mochte (Judicium). Dennoch mußten ſich an den einen Umſtand, daß Jus und Judicium vor einen Richter fiel, folgende Modificationen knüpfen.

Wenn früherhin die Feſtſtellung des Beſitzes als der paſſiven Vorausſetzung der Klage dem Judicium vorbehalten war, und der Verklagte nur auf einem Umwege, nämlich durch Verweigerung der ſchuldigen Caution bewirken konnte, daß die Frage, ob er beſitze, zum Voraus durch einen ſelbſtändigen Juder entſchieden wurde, ſo geſtattete man nunmehr einestheils, daß der Verklagte durch einfaches Abläugnen des Beſitzes [2]), anderntheils, daß der Kläger durch eine an jenen gerichtete Frage [3]) zu allem Anfange, alſo vor der L. C., eine Unterſuchung über den Beſitz herbeiführe. Dieſe nahm der erkennende Magiſtrat ſelbſt, nicht in ſeinem Auftrage ein Privatrichter vor, und zwar mit dem Erfolge, daß, wenn der Beſitz des Verklagten ſich nicht beſtätigte, die Klage abgewieſen, im entgegengeſetzten Falle aber der Beſitz auf den Kläger transferirt wurde. Dieſelbe Wirkung trat jedoch fortwährend als Folge verweigerter Cautionsleiſtung

[1]) L. 12. §. 3. C. de H. P.: „Iiio, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei judiciis connumeretur.“ §. 29. I. de actionibus.

[2]) L. 80. de R. V.

[3]) L. 20. §. 1. de interrog. in jure.

ein [1]), und unter Umſtänden ſogar, wenn der Verklagte auf die an ihn geſchehene Ladung nicht erſchien [2]); jedoch blieb es in dieſem Falle, wie Juſtinian verordnete, dem frühern Beſitzer frei, binnen Jahresfriſt den Beſitz und die Verklagtenrolle dadurch wieder zu gewinnen, daß er ſich zu gehöriger Defenſion und Cautionsleiſtung erbot [3]). Natürlich mußten dieſe Grundſätze auch auf den juriſtiſchen Beſitzer Anwendung finden, welcher von dem zunächſt belangten Detentor als Auctor bezeichnet und darauf vom Magiſtrat geladen worden iſt, ſobald man ihn zufolge der Nominatio als eigentlichen Verklagten betrachtete. Daß dieſes aber geſchah, daß der Auctor ganz an die Stelle des Detentor trat und dieſer von der Uebernahme des Proceſſes frei wurde, iſt ein Beneficium, welches eine Verordnung Conſtantin's dem Detentor eingeräumt hat [4]), ohne den alten Grundſatz aufzuheben, wornach auch derjenige, welcher in fremdem Namen beſitzt, mit der Eigenthumsklage belangt werden kann. Während nun hiernach die Translation des Beſitzes in Juſti-

---

[1]) L. un. C. uti possid. Dieſer Fall der Translation iſt ſo wenig als jene Cautio de Lite persequenda in die Praxis übergegangen.

[2]) L. 6. §. 17. §. 18. quibus ex causis in possess. eatur. Natürlich kann einem Dolo Desinens possidere gegenüber niemals Translatio Poſſeſſionis Statt finden.

[3]) L. 8. §. 3. C. de praescr. XXX v. XL annorum. Dieſe Beſtimmungen ſind in die Praxis vollſtändig übergegangen; man nannte die Translatio Poſſeſſionis „missio ex primo decreto", und die Beſtätigung des Beſitzes nach Ablauf eines Jahres „missio ex secundo decreto." K. G. O. von 1495. tit. 19. §. 1.; von 1523. tit. 6. §. 2.; von 1555. pars III. tit. 43. §. 1. Erſt der J. R. A. §. 36. hat dieſelben abgeſchafft.

[4]) L. 2. C. ubi in rem actio: „Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem, item ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare: ut sive in eadem civitate degat, sive in agro, sive in alia provincia sit: certo dierum spatio a judice definiendo, eoque ad notionem ejus perducendo, vel ipse in loca, in quibus praedium situm sit, perveniens, vel procuratorem mittens actoris intentiones excipiat. Si vero post hujusmodi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit: — — judex, utpote domino possessionis nec post hujusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit: et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet: omni allegatione absenti de principali quaestione servata."

nian's Compilation in vermehrter Anwendung übergegangen ist, sind merkwürdiger Weise die Interdicte, deren man sich früher bediente, um diesen Erfolg zu bewirken, das Interdictum quem Fundum und quam Hereditatem, völlig verschwunden. Wahrscheinlich erklärt sich dies aber aus der Neigung des spätern Rechtes, richterliche Befehle wo möglich durch directen Zwang zu vollziehen [1]), wie es ja namentlich bei Grundstücken und größern Gütercomplexen angeht, da diese Gegenstände der Einwirkung des Magistrates nicht entzogen werden können. Bei beweglichen Sachen dagegen war die gewaltsame Ueberlieferung durch die Leichtigkeit des Verbergens erschwert, daher für sie die prätorische Pönalklage im Falle verweigerter Ueberlieferung fortbestand [2]).

Was sodann das Präjudicium anbelangt, so wird dasselbe durch eine einfache Erklärung der Streitabsicht eingeleitet; der Vindicant behauptet, Eigenthümer zu sein, der Verklagte stellt dies in Abrede. Die darauf folgende Untersuchung bewegt sich ganz in den frühern Formen. Namentlich ist die Folge der Contumacia einseitiges Verfahren, jedoch die Proceßverjährung auf 3 Jahre verlängert, und bestimmt, daß erst wenn der Ablauf derselben zu befürchten, der Verklagte drei Mal in Zwischenräumen von zehn Tagen citirt, und wenn er auch dann nicht erscheine, auf einseitig geführten Beweis hin verurtheilt, nach mißlungenem Beweise aber absolvirt werde [3]).

Mit der Anerkennung des Eigenthums oder Erbrechts wird sofort ein Restitutionsbefehl verbunden, und daß dieser nach Auflösung des Formularprocesses mit Gewalt vollstreckt werden konnte, weil der erkennende Richter Exfecutionsbefugniß hatte, ist bereits früher bemerkt worden. Jedoch blieb dem Kläger das Recht, statt die Naturalexecution zu verlangen, sein Interesse durch das Juramentum in Litem zu schätzen. So ist es, wenn Streitgegenstand und Früchte im Besitze des Verklagten sind. Kann dagegen eines oder das andere vermöge des Dolus

---

[1]) Vergl. namentlich Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. IX. S. 54.

[2]) Siehe oben S. 18.

[3]) L. 13. §. 3. und §. 5. C. de judiciis.

des Verklagten nicht restituirt werden, oder handelt es sich um Deteriorationen des Streitobjectes, oder um Früchte, welche hätten gezogen werden können, so ist natürlich nur die Schätzung zulässig, die dann je nach der Schuld des Verklagten in verschiedener Weise geschieht. Für alle diese Geschäfte war es dem Magistrate gestattet, einen Arbiter zu ernennen, der, wenn auch die Naturalexecution in Aussicht stand, aus dem Hülfspersonal desselben, den Officialen gewählt werden mußte [1]).

Und so schließt sich die Entwickelung eines Institutes, welches, von einem klaren Bewußtsein seiner Grundlagen und Voraussetzungen getragen, in seinen Ansprüchen sich stets gleich geblieben ist, während es je nach den Bedürfnissen und Anschauungen der Zeit die Formen mannichfach gewechselt, die veralteten durch lebensfrische ersetzt hat. Doch mag den naturgemäßen Fortgang diese Entwickelung mit vielen gemein haben, den Vorzug einer vollständigen und quellenmäßigen Reproductionsfähigkeit theilt sie mit wenigen.

---

[1]) L. ult. de judiciis.

Druck von Bernh. Tauchnitz jun.

Verbesserungen.

S. 25. N. 2. lies ed. Venet. für: ed. Mutin.
S. 55. N. 1. — sehen, für: sahen.
S. 147. N. 3. Hier ist neben l. 23. de reb. cred. noch l. 1. C. de reb. alienis non alien. zu nennen. Die in dieser Stelle nicht genannte Klage ist ohne Zweifel gleichfalls die Condictio sine Causa. In l. 3. C. de R. V. dagegen darf aus der zwischen dem Eigenthümer und Verkäufer bestehenden nahen Verwandtschaft geschlossen werden, daß der Verkauf im Interesse des Eigenthümers vorgenommen ist; deshalb die Actio Neg. gest. Wenn die Anstellung dieser Klage von der Ratihabition des Verkaufes oder dem Untergange des Objectes abhängig gemacht ist, so liegt der Grund darin, daß dem Gestor so lange eine Einrede gegen die auf das Kaufgeld gerichtete Klage zustehen muß, als ihn die Evictionsklage seitens des Käufers bedroht.
S. 153. Z. 3 ist der Satz: „also mit Abzug der darauf gemachten Verwendungen" zu streichen.
S. 166. N. 1. C. 1. Z. 9 lies: würde, für: werde.
S. 168. N. 1. C. 2. Z. 4 — Hätte, — hatte.
S. 178. Z. 5 lies: die Caution, für: von der Caution.
S. 198. Z. 1 — eadem, für: eodem.
S. 182. und 199. fehlen vor den Ueberschriften die Nummern 2. und 3.
S. 216. ist nach: „behandeln" der Punct zu streichen.
S. 221. Z. 13 ist vor: können, ein: zu einzuschieben.

HAG
226